Der
contractus aestimatorius
nach
römischem und heutigem Recht
unter besonderer Berücksichtigung
des
buchhändlerischen Konditionsvertrages.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock i. M.
vorgelegt
von

Hans Marwege
Referendar.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

Rostock.
Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0018

Disposition.

Seite

I. Quellen und praktische Bedeutung.

A. Quellen 5

B. Unterbliebene Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch 7

C. Praktische Bedeutung 11

II. Begriff.

A. Rekonstruktion 16

B. Die Brinz'schen Essentialien 18

1. Aestimation 18

2. Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung 20

3. Recht auf den Mehrerlös 22

4. Hingabe zum Verkauf (im Allgemeinen) 24

C. Das „vendendum dare" insbesondere 25

1. „Verpflichtungstheorie" 27

2. „Berechtigungstheorie" 29

3. „Vereinigungstheorie" 34

III. Wesen und Konstruktion.

A. Nach römischem Recht.

1. Prüfung der actio aestimatoria 39

2. Konstruktion.

a) „Normalfall" 43

b) „Verpflichtungsfall" 50

Seite

3. Vergleich mit ähnlichen Verträgen.
a) „Normalfall“ 52
b) „Verpflichtungsfall“ 59
4. Verhältnis zum Konditionsvertrag 66
B. Nach heutigem Recht 70

IV. Vertragsabschluß 77

V. Wirkungen 81
A. Rechte und Pflichten der Parteien.
1. Regelmäßige
a) Verpflichtung zur Sachübergabe 81
b) Verpflichtung zur Preiszahlung 85
c) Verpflichtung zur Sachrückgabe 86
d) Verfügungsrecht 89
2. Besondere.
a) Verpflichtung zu Verkaufsbemühungen 94
b) Verpflichtung zur Einhaltung des Ladenpreises . 97
c) Recht auf merces 101
B. Eigentumsübergang 104
C. Gefahrtragung 112

Litteraturverzeichnis 122

I. Quellen und praktische Bedeutung.

A. Quellen.

Der dritte Titel des neunzehnten Buches der Digesten handelt von der actio aestimatoria. Der Vertrag, für den diese Klage geschaffen ist, wurde im Mittelalter als „contractus aestimatorius" bezeichnet und erhielt nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland den Namen „Trödelvertrag".

Bei diesem Vertrage übergibt man einem Anderen eine Sache unter einer Taxe zum Verkauf mit der Verpflichtung, die Sache zurückzugeben oder die Taxsumme zu bezahlen [1]).

Das Quellenmaterial für den contractus aestimatorius ist außerordentlich dürftig. In erster Linie kommt der zitierte Pandektentitel in Betracht, der durch seine besondere Kürze auffält. Daneben pflegt man noch einige leges fugitivae als zum contractus aestimatorius gehörig anzusehen [2]), doch läßt sich mit Sicherheit nur von l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5 nachweisen, daß

---

[1]) Siehe z. B. Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330.

[2]) Vor Allem l. 13 pr., l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5 und l. 44 D. pro socio 17,2; auch Plantus Merc. I, 1 v. 14—16.

ihr der Tatbestand dieses Vertrages zu Grunde liegt[1]). In den Institutionen und im Codex ist der contractus aestimatorius gar nicht erwähnt.

Über seinen Inhalt — ausgenommen über die Gefahrtragung[2]) — geben die Quellen keine Auskunft. Fehlt es aber auch an gesetzlichen Bestimmungen hierüber, so haben sich doch in neuerer Zeit für die praktisch wichtigen Fälle des contractus aestimatorius in dieser Hinsicht gewisse Usanzen gebildet: so für den Handel mit Uhren, Gold- und Silberwaren, für den Kunsthandel, und vor Allem für das buchhändlerische Konditionsgeschäft[3]), bei dem der Verleger dem Sortimenter, unter Festsetzung eines Preises, Bücher zum Verkauf an das Publikum übergibt mit der Verpflichtung, die unverkauften Artikel bis zu einem bestimmten Termin zurückzusenden, für die verkauften den festgesetzten Preis zu zahlen[4]).

Für den Konditionsvertrag kommt außerdem die „Buchhändlerische Verkehrsordnung" (B. V. O.) in Betracht, eine kleine Kodifikation über verschiedene, den Buchhandel betreffende Fragen. Sie ist in der Hauptversammlung des Börsenvereins der deutschen Buchhändler zu Leipzig am 28. April 1888 angenommen worden und hat seitdem mehrfache Änderungen erfahren. Die neuste Fassung datiert vom 8. Mai 1898,

---

[1]) Unten S. 16 ff.

[2]) l. 1 § 1 D. de aest. 19,3 und l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5.

[3]) Motive II, S. 517. — Daß der Konditionsvertrag ein contr. aest. ist, wird sich unten S. 66 ff. zeigen.

[4]) Siehe z. B. Buhl S. 142, Weidling, S. 2.

mit einem Nachtrage vom 30. April 1899[1]). Diese „Verkehrsordnung" ist für die Mitglieder des Börsenvereins und solche Buchhändler, die ihr ausdrücklich beigetreten sind, als Parteivereinbarung vollen Umfangs verbindlich[2]), für andere hingegen nur insoweit, als die Bestimmungen mit den allgemein anerkannten Usanzen in Einklang stehen[3]).

Auch die im Litteraturverzeichnis angeführten „Satzungen des Börsenvereins" aus dem Jahre 1887 haben für den Konditionsvertrag eine gewisse Bedeutung.

B. Unterbliebene Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch.

In das Bürgerliche Gesetzbuch ist der contractus aestimatorius nicht aufgenommen worden. Die „Motive" begründen die Unterlassung der Normierung folgendermassen[4]):

„Unter der Bezeichnung „Trödelvertrag" oder „Vertrödeln" wird im Verkehr wohl kaum ein Vertrag geschlossen. Der Verkehr verhält sich spröde gegen eine solche Bezeichnung; er weist sie als anstößig zurück. Unternimmt das Gesetz die Regelung des „Trödelvertrages", so wird also die Präzisierung des wesentlichen Inhalts des Vertrages, für welchen die dispositiven Rechtsnormen des Gesetzes gelten sollen,

---

[1]) Es gibt auch eine Fassung vom 26. April 1891.

[2]) B. V. O. § 2.

[3]) Cosack, Handels-R. § 84, S. 382 sub 1.

[4]) Motive II, S. 517.

von besonderer Wichtigkeit. Jede solche Präzisierung — will man nicht zu einer Beengung sich verstehen, welche die Anwendung der anzuschließenden Rechtsnormen auf die seltensten Fälle beschränkt — wird aber unfehlbar eine große Zahl von Fällen treffen, für welche jene dispositiven Rechtsnormen nicht passen. Der Grund liegt in den Verkehrssitten. Im Verkehr, namentlich im Handelsverkehr, gibt es eine große Zahl von Fällen, welche durch die fragliche Begriffsbestimmung getroffen werden würden, und für die nach der Verkehrssitte und nach der regelmäßigen Parteiintention besondere unter sich sehr abweichende Bestimmungen gelten, die von denjenigen, welche das römische Recht und diesen folgend die modernen Kodifikationen für den Trödelvertrag aufstellen und welche als allgemeine Normen über den Trödelvertrag aufgenommen werden könnten, sehr verschieden sind. Es braucht nur erinnert zu werden an die bekannten Verträge zwischen Verleger und Sortimenter, an den Uhrenhandel, den Handel mit Gold- und Silberwaren u. s. w. Es leuchtet daher ein, wie groß die Gefahr ist, welche mit Aufstellung solcher allgemeiner Rechtsnormen verbunden ist. Sie würden nur für wenige, im praktischen Leben eine untergeordnete Bedeutung behauptende Verträge, passen. Zudem läßt sich nicht leugnen, daß jeder sog. Trödelvertrag der juristischen Beurteilung keine größeren Schwierigkeiten bietet, wie manche andere Verträge, welche im Gesetzbuch nicht besonders geregelt werden. Die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werk-

vertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im einzelnen Fall zu ermittelnden Parteiwillen werden regelmäßig die Entscheidung an die Hand geben".

Wie in so manchen anderen Fällen, in denen man sich bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der gesetzlichen Regelung einer Frage nicht entschließen konnte, ist also auch beim contractus aestimatorius die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen worden.

Als erster Grund wird angeführt, die Präzisierung des wesentlichen Inhalts, also mit anderen Worten eine Begriffsbestimmung des contractus aestimatorius würde eine große Zahl von Fällen treffen, für welche die aufzustellenden dispositiven Rechtsnormen nicht passen würden; in der Aufstellung solcher Normen läge deshalb eine große Gefahr. Worin diese Gefahr bestehen soll, ist nicht ersichtlich, da es sich ja nicht um jus cogens, sondern um dispositive Normen handelt, in deren Wesen es begründet ist, daß sie beliebig durch Parteivereinbarung oder Unsance für den Einzelfall außer Anwendung gesetzt werden können. Selbst, wenn dies sehr häufig geschehen würde, so wäre damit noch kein Grund vorhanden, die gesetzliche Regelung zu unterlassen, da auch bei manchen anderen im Bürgerlichen Gesetzbuch normierten Kontrakten — man denke z. B. an die Miete — die dispositiven Bestimmungen in überaus zahlreichen Fällen durch Parteivereinbarungen ersetzt resp. modifiziert werden.

Wenn nun, wie die „Motive“ des Weiteren bemerken, die heutzutage für den contractus aestimatorius üblichen Bestimmungen von denen des römischen Rechts sehr verschieden sind, so dürfte es sich doch empfehlen, den contractus aestimatorius unabhängig vom römischen Recht zu normieren, zumal nur eine einzige römisch-rechtliche Entscheidung — nämlich über die Gefahrtragung — existiert.

Mit der Behauptung endlich, es seien sehr erhebliche Unterschiede zwischen den für die einzelnen Arten des Trödelvertrages bestehenden Usanzen vorhanden, verkennen die „Motive“ die tatsächlichen Verhältnisse. Gerade bezüglich der wichtigsten Fragen, betreffend Kündigung des Vertrages, Eigentumsübergang und Gefahrtragung bestehen nämlich im wesentlichen übereinstimmende Usanzen.

Die von den „Motiven“ vorgebrachten Gründe sind also nicht stichhaltig.

Gewiß ist es richtig, daß man auch ohne gesetzliche Regelung auskommen kann, indem man allgemeine Grundsätze verwertet und die für andere Verträge bestehenden Normen analog zur Anwendung bringt. Doch wäre es vorteilhaft gewesen, einige Normen über den contractus aestimatorius in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, — gerade so wie dies beim Mäklervertrag, gegen dessen Aufnahme in das Gesetzbuch grundsätzlich eine ähnliche Abneigung vorhanden war[1]), geschehen ist —, um einen Krystallisationspunkt

[1]) Motive II, S. 510, 511. — Der I. Entwurf eines B. G. B. enthielt nur einen Paragraph über den Mäklervertrag.

für die einzelnen Arten des contractus aestimatorius zu schaffen. Vielleicht wird bei einer Revision des Bürgerlichen Gesetzbuches dieser Schritt noch getan.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition des „Trödelvertrages“ enthält, so ist an dem von der Doktrin für den römischen contractus aestimatorius aufgestellten Begriff festzuhalten.

Bezüglich des Vertragsinhalts ist man darauf angewiesen, aus allgemeinen Grundsätzen und mittelst analoger Gesetzesanwendung Normen für den contractus aestimatorius zu entwickeln, wie dies auch in einigen Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts unternommen worden ist[1]).

C. Praktische Bedeutung.

Die Quellen bieten keinen festen Anhaltspunkt dafür, in welchen praktischen Fällen der contractus aestimatorius bei den Römern zur Anwendung gekommen ist.

Ihering weist auf die Stelle in Plautus Mercator I, 1, v. 14—16 hin: meus pater dedit aestimatas merces: ita peculium conficio grande und meint, daß man hieraus die für das römische Leben nicht uninteressante Tatsache entnehmen könne, daß der Vertrag auch im Verhältnis des Hausherrn zu seinem Untergebenen üblich war, der ihnen damit . . . die Gelegenheit zum

[1]) Siehe namentlich Dernburg, Bürgerl.-R. II, 2 § 348, S. 512 ff. und Crome, Bürgerl.-R. II, 2 § 273, S. 714 ff.

Pekuliarerwerb darbot[1]). Auch Glum ist der Ansicht, daß der contractus aestimatorius aller Wahrscheinlichkeit nach bei Geschäften zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenenen eine Rolle gespielt hat[2]).

Wenn es auch sehr zweifelhaft ist, ob die Plautusstelle vom contractus aestimatorius handelt, so ist doch zu vermuten, daß dieser Vertrag bei den Römern für besondere ihnen eigentümliche Familien- und Wirtschaftsverhältnisse Anwendung gefunden hat. Daß man im Altertum bereits diejenigen Fälle gekannt hat, die sich heutzutage unter den Begriff des contractus aestimatorius subsumieren lassen[3]), ist bei der völligen Umgestaltung des gesamten Verkehrslebens kaum anzunehmen.

„Trödler" und Hausierer mag es allenfalls damals schon gegeben haben, doch wird, wie Liebert bemerkt, der Handel mit gebrauchten Sachen im alten Rom schwerlich so floriert haben, daß die Juristen diese Materie besonders zu behandeln genötigt gewesen wären[4]).

Aus der dürftigen Behandlung des contractus aestimatorius im Corpus Juris ist jedenfalls zu schließen, daß er zur Zeit Justinians nur noch geringe praktische Bedeutung gehabt hat.

Da man dem contractus aestimatorius nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland den

[1]) Ihering, S. 391.
[2]) Glum, S. 52 ff.
[3]) Siehe flg. S.
[4]) Liebert, S. 4.

Namen „Trödelvertrag“ beigelegt hat, so scheint es jener Zeit außer den mit „Trödlern“ abgeschlossenen Verträgen keine Rechtsverhältnisse gegeben zu haben, auf die er sich hätte anwenden lassen.

Das hat sich in neuerer Zeit sehr geändert. Wie früher die „Trödler“ — die übrigens, anders als heutzutage, vielfach größere Händler waren[1]) und mit ihren Waren von Stadt zu Stadt zogen — mit Großkaufleuten einen contractus aestimatorius abschlossen, so gehen im modernen Verkehrsleben die seßhaften Händler, die Ladeninhaber in den verschiedensten Geschäftszweigen mit den Fabrikanten und Großhändlern „Trödelverträge“ ein. Die wirtschaftliche Sphäre, in der der Vertrag vorkommt, ist also dieselbe geblieben, es haben sich nur innerhalb derselben die Verhältnisse verändert.

Vor allem ist das buchhändlerische Konditionsgeschäft von Bedeutung, das bereits gegen Ende des 18. Jahrhunderts zur allgemeinen Geltung im deutschen Buchhandel gelangte[2]). Der contractus aestimatorius spielt ferner eine Rolle im Handel mit Uhren, Gold- und Silberwaren[3]) sowie im Kunsthandel mit Bildern und sog. Luxusartikeln[4]). Auch mit Droguisten und Kolonialwarenhändlern wird der Vertrag häufig abgeschlossen[4]), und in manchen Städten Norddeutsch-

---

[1]) Das Wort „Trödel“ wurde früher, ähnlich wie das Wort „Kram“ noch nicht in dem heutigen verächtlichen Sinn gebraucht.

[2]) Buhl, S. 143.

[3]) Motive II, S. 517, Friedrichs, S. 2.

[4]) Michaelis, S. 9, Schneemann, S. 11, 12.

lands ist er zwischen Bäckern und Brotausträgern üblich[1]).

Mit den „Trödlern“ im wirtschaftlichen Sinne hingegen werden „Trödelverträge“ in praxi nur noch selten abgeschlossen, weil diese „Trödler“ heutzutage armselige Hausierer sind, die in der Regel nicht genügend Kreditwürdigkeit haben, um fremde Sachen anvertraut zu bekommen[2]). Schließt deshalb gelegentlich ein Kaufmann mit einem „Trödler“ einen contractus aestimatorius ab, so verlangt er regelmäßig eine Kaution[3]). Meistens kaufen die „Trödler“ ihre Sachen gleich fest, und zwar aus Konkursmassen, auf Auktionen und bei dergleichen Gelegenheiten.

Die Bezeichnung „Trödelvertrag“ für den contractus aestimatorius ist somit heutzutage einerseits zu eng, andrerseits zu vielsagend, weil nicht nur mit zahllosen anderen Personen als „Trödlern“ ein contractus aestimatorius abgeschlossen wird, sondern auch gerade der „Trödelhandel“, von dem die Gewerbeordnung spricht[4]), sich in der Regel in anderen Formen als in Gestalt eines „Trödelvertrages“ vollzieht[5]).

---

[1]) So in Hamburg mit den sog. Brotmännern; auch in Bremen: siehe Entsch. des R.-G. in Strafsachen III, S. 155.

[2]) Friedrichs, S. 2.

[3]) Unten S. 86.

[4]) Gew.-Ordng. § 35 Abs. 2.

[5]) Es empfiehlt sich deshalb, anstatt vom „Trödler“ mit Dernburg (Bürgerl. R. II, 2 § 347, S. 512) vom „Händler“ oder abstrakt vom „Empfänger“ zu sprechen. — Der andere Kontrahent wird am besten als „Auftraggeber“ bezeichnet.

Im Verkehr ist die Bezeichnung „Trödelvertrag“ auch ganz ungebräuchlich. Die Beteiligten bedienen sich allgemein wohlklingenderer Ausdrücke. So verbirgt sich der contractus aestimatorius vielfach unter dem Namen „Verkaufskommission“.

Das Kommissionsgeschäft des Handelsgesetzbuches ist aber, wie Friedrichs hervorhebt[1]), nicht für den Verkehr zwischen Großhändlern und Detailisten, sondern für den Handel zwischen Großkaufleuten unter einander zugeschnitten. Andererseits kommt der contractus aestimatorius im Großhandel nur selten zur Anwendung, weil der Händler sich wegen des großen Risikos, das er dabei läuft[2]), ungern auf ein solches Geschäft einläßt. Nach der von der Handelskammer in Hamburg mir erteilten Auskunft haben sich deshalb im Großhandel auch keine Usanzen für den contractus aestimatorius gebildet.

[1]) Friedrichs, S. 2.

[2]) Siehe das Beispiel in Seufferts Archiv XI, Nr. 144.

II. Begriff.

A. Rekonstruktion.

Der contractus aestimatorius hat im Gegensatz zu anderen Verträgen des römischen Rechts die Eigentümlichkeit, daß seine Begriffsmomente sich aus den Quellen nicht mit Bestimmtheit ergeben. Man muß deshalb den Tatbestand zu rekonstruieren versuchen.

Aus dem Titel 19, 3 der Digesten ergeben sich folgende Anhaltspunkte: l 1 pr. h. t. cum res aestimata vendenda datur und l 1 § 1 h. t. aut ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit[1]). Da l 17 § 1 D de P. V. 19. 5: si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum mit jenen Stellen große Ähnlichkeit hat, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß sie ebenfalls vom contractus aestimatorius handelt[2]).

Indem Brinz auch noch die l 13 pr. D de P. V. 19. 5: si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut

[1]) Cohn, S. 26.

[2]) Chambon, S. 58; Brinz, S. 3 Anm. ††; Friedrichs, S. 1 Anm. 2; Koch, S. 36; Wohlfahrt, S. 5 Anm. 3; Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330 Anm. 8; Windscheid-Kipp II, § 383, S. 576 Anm. 10.

quo pluris vendidisses, tibi haberes heranzieht, gelangt er zu folgender Definition des contractus aestimatorius:

Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses tibi haberes[1]).

Die Annahme von Brinz, „rem vendendam dare" sei das Kennzeichen dieses Vertrages, so daß alle Fragmente, in denen sich dieser Ausdruck vorfinde, für ihn in Betracht kämen[2]), ist jedoch völlig willkürlich. Glum hat nämlich den überzeugenden Nachweis geführt, daß die Worte „rem vendendam dare" resp. „vendendum dare" in den Digesten auch zur Bezeichnung eines mandatum, einer societas usw. gebraucht werden[3]).

Das charakteristische Merkmal des in l 1 § 1 D de aest. 19, 3 und l 17 § 1 D de P. V. 19, 5 erwähnten Tatbestandes bilden vielmehr die bei keinem der bekannten Vertragstatbestände vorkommenden Worte: aut-aut[4]).

Da keine der übrigen für den contractus aestimatorius in Anspruch genommenen Stellen diese Worte enthält, so ist es zweifelhaft, ob diese anderen Stellen[5]) sich wirklich auf den contractus aestimatorius beziehen. Um eine feste Basis für diesen Vertrag zu schaffen,

[1]) Brinz, S. 4.

[2]) Brinz, S. 3 u. 4.

[3]) Glum, S. 60 ff.

[4]) Koch, S. 21 u. 36; Weidling, S. 130; cf. auch Hirschberg, S. 38.

[5]) Oben S. 5, Anm. 2, (ausgenommen l. 17 § 1 D. 19,5).

ist es daher unerläßlich, sich lediglich an tit. 19,3 und an die auf den dort erwähnten allgemeinen Tatbestand exemplifizierende l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5 zu halten [1]), zumal die in den übrigen Stellen gegebenen Entscheidungen für den contractus aestimatorius nicht passen [2]).

B. Die Brinz'schen Essentialien.

Brinz führt 4 Essentialien des contractus aestimatorius an [3]).

Hingabe zum Verkauf,
Aestimation,
Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung,
Recht auf den Mehrerlös.

Da bei Erörterung der hinsichtlich des ersten Begriffsmerkmals bestehenden Kontroverse auf die übrigen Vertragsstücke Bezug genommen werden muß, so sollen diese letzteren vorweg betrachtet werden.

1. Daß eine aestimatio für den contractus aestimatorius wesentlich ist, wird mit Ausnahme von Wendt von keinem Schriftsteller bestritten [4]).

[1]) Koch S. 36, Glum S. 66, 67 ff.

[2]) Dies gilt insbesondere für l. 44 D. pro soc. 17,2, wo außerdem das: si—si nicht mit dem: aut—aut zu vereinigen ist, und für l. 13 pr. D. de P. V., 19,5, (siehe unten S. 64 ff.

[3]) Brinz S. 18.

[4]) Siehe z. B. Chambon S. 52; Friedrichs S. 4; Hirschberg S. 33; Liebert S. 12; Wohlfarth S. 5, 6.

Wendt meint, wie Brinz, das wesentliche Merkmal des contractus aestimatorius seien die Worte „vendendum dare“; eine aestimatio könne zwar durch ein pactum adjectum vereinbart werden, sei aber nicht notwendig [1]). Es ist jedoch bereits erwähnt [2]), daß das „vendendum dare“ an sich ein völlig farbloser Ausdruck ist, der bei den Römern für verschiedene Kontrakte verwendet wird. Im Übrigen steht die Auffassung von Wendt in sofern mit den Quellen in Widerspruch, als dieselben ausdrücklich von „res aestimata“, „aestimationem“ und „margarita aestimata“ sprechen [3]).

Die aestimatio, der Preis, besteht in der Regel in Geld, doch ist auch eine andere Vergütung möglich [4]). Dieselbe kann beliebig hoch festgesetzt werden und braucht nicht etwa dem wirklichen Sachwert zu entsprechen [5]), da das Wort „aestimatio“ eine umfassendere Bedeutung als das deutsche Wort „Schätzung“ hat. Erforderlich ist nur, daß der Preis fest bestimmt wird, sei es von den Parteien selbst, sei es von einem Dritten [6]). Die Festsetzung der aestimatio kann deshalb nicht etwa, wie Chambon glaubt [7]), der Willkür des Empfängers überlassen bleiben.

[1]) Wendt S. 378 ff.

[2]) Oben S. 17.

[3]) l. 1 D. de aest. 19,3 und l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5.

[4]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714 Anm. 5.

[5]) Reinhold S. 11, 12; Friedrichs S. 5.

[6]) Chambon S. 52; Friedrichs S. 5; Hirschberg S. 35.

[7]) Chambon S. 52, 53.

2. Aus den Worten aut—aut in l. 1 § 1 D. de aest. 19,3 und l. 17 § 1 D. de P. V. 19,5 geht deutlich hervor, daß es sich beim contractus aestimatorius um eine alternative Verpflichtung handelt. Dies ist auch die bei Weitem vorherrschende Ansicht [1]).

Wendt nimmt an, daß die Vereinbarung einer aestimatio die Übernahme einer Versicherung bedeute. Die Ästimationssumme werde dem Gläubiger ein für alle Mal in Aussicht gestellt, sofern nicht die Sachleistung selbst ungeschmälert erfolgen könne, und der Schuldner promittiere gleichsam alternativ: aut rem ipsam incorruptam aut aestimationem de qua convenit [2]). Hierdurch wird jedoch dem „aut"—aut großer Zwang angetan.

In ähnlicher Weise legt Cohn die l. 1 § 1 D. de aest. 19,3 dahin aus: „Die aestimatio überträgt jede Gefahr auf den Trödler: daher muß er entweder die Sache unversehrt zurückbringen oder die Schätzungssumme [3]). Das „entweder" — „oder" ist seiner Ansicht nach also lediglich eine Folge der Gefahrtragung. Wenn jedoch der Trödler die Gefahr trägt, so hat er nicht entweder die Sache zu restituieren oder den Preis zu bezahlen, sondern er hat in erster Linie die Sache zurückzubringen und nur, falls dies unmöglich ist, die aestimatio zu leisten. Die Terminologie der

[1]) Siehe z. B. Hirschberg S. 44; Liebert S. 12; Weidling S. 126, 130; Koch S. 21, 36.

[2]) Wendt S. 387.

[3]) Cohn S. 29, Anm. 6.

Quellenstellen steht also dieser Auffassung entgegen. Zudem wäre es eine, Ulpian nicht zuzutrauende Trivialität, die selbstverständliche Konsequenz der Gefahrtragung so stark hervorzuheben.

Die l. 1 § 1 cit. scheint korrumpiert zu sein. Der Satz: „aut igitur etc." gehört wahrscheinlich an eine andere Stelle, vielleicht, wie Liebert vermutet [1]), vor den Satz: „aestimatio autem etc".

Reinhold meint, die aestimatio könne sofort beim Vertragsabschluß gezahlt werden. Geschehe das, so gebe es keine Alternativität in Zahlung des Preises und Rückgabe der Sache, es sei vielmehr nur letztere möglich. Die Alternativität sei nur vorhanden, wo der Kaufpreis dem Trödler geborgt werde und sei somit kein wesentliches Merkmal des contractus aestimatorius [2]). Eine Vorausbezahlung der aestimatio ist aber mit dem Wesen des contractus aestimatorius unvereinbar [3]). Es ist aut res aut aestimatio zu leisten, was nur möglich ist, wenn die aestimatio noch aussteht.

Neuerdings ist Endemann mit der Ansicht hervorgetreten, es bestände nur eine facultas alternativa für den Empfänger. „Ich nehme an", sagt er, „daß die Hauptverpflichtung auf die Herausgabe der Ware gerichtet bleibt, während die Ablösung durch Preiszahlung als facultas alternativa . . . aufzufassen ist. Dies paßt am besten zu der . . . Stellungnahme des

---

[1]) Liebert, S. 106.

[2]) Reinhold, S. 29, 30.

[3]) Chambon, S. 96; Friedrichs, S. 7.

Bürgerlichen Gesetzbuches“[1]). Wie Endemann diese Ansicht mit der von ihm selbst gegebenen Definition: „Der Empfänger verpflichtet sich, entweder die Sachen selbst zurückzugeben oder dafür den vereinbarten Preis zu zahlen“[2]) in Einklang bringen will, ist nicht ersichtlich. Er spricht auch ganz unverständlich von einer „Hauptverpflichtung“ des Empfängers, die auf Rückgabe der Ware gerichtet sei. Bei einer facultas alternativa liegt aber nur eine einzige Verpflichtung vor. Daneben besteht lediglich ein Recht des Schuldners, die Erfüllung auch durch eine andere, nicht in obligatione befindliche Leistung zu bewirken[3]). Endlich ist nicht zu verstehen, weshalb eine Alternative nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht passen sollte[4]).

3. Ein Recht auf den Mehrerlös wird dem Empfänger seit Brinz allgemein zuerkannt[5]).

Friedrichs erklärt zwar, man könne nur negativ sagen, der Empfänger sei in keinem Fall verpflichtet, einen aus der Ware erzielten Mehrerlös an den Auf-

---

[1]) Endemann I, § 163, S. 1022 Anm. 23.

[2]) Endemann I, § 163, S. 1021.

[3]) Endemann I, § 118, S. 666 Anm. 4a; Dernburg, Bürgerl. R. II, 1 § 45, S. 103 sub III.

[4]) Namentlich Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 514 Anm. 9 und Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 716 machen auf die Alternative aufmerksam.

[5]) Liebert, S. 11; Koch, S. 1; Wohlfarth, S. 6; Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513; Windscheid-Kipp II, § 383, S. 576; Motive II, S. 516; Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714.

traggeber abzuführen[1]). Doch ist für diese Formulierung, die im Resultat auf dasselbe hinauskommt, kein Grund vorhanden. Sehr richtig, aber sehr überflüssig weist Friedrichs noch darauf hin, daß der Empfänger, falls er unter der aestimatio verkauft, keinen Abzug davon machen darf[1]).

Das Recht auf den Mehrerlös braucht aber nicht, wie es von Brinz geschieht, als Essentiale besonders hervorgehoben zu werden; denn, da der Empfänger, falls er nicht die Sache zurückbringt, nur verpflichtet ist, die aestimatio zu zahlen, so folgt daraus ohne Weiteres, daß er einen durch Verkauf der Sache erzielten Überschuß über die Taxe für sich behalten kann. „Daß der Trödler das Recht hat, den Überschuß des Verkaufserlöses über die aestimatio für sich zu behalten", führt Hirschberg aus, „ist ebenso gewiß, wie das Recht des Kaufmanns auf den Geschäftsverdienst . . . Somit ist das Recht auf den Mehrerlös nicht ein Begriffsmerkmal des Vertrages, sondern eine Folge der dem Trödler vertragsmäßig gewährleisteten Befugnis, beliebig die Sache zu verwerten und zu verkaufen[2])". Reinhold bemerkt treffend, der Mehrerlös bilde einen Teil des Kaufschillings, um welchen der Trödler die Sache weiter verkauft; dieser ganze Kaufschilling bilde also ein Essentiale des Weiterverkaufs und nur dieses Vertrages, nicht aber auch des vorausgegangenen Trödelvertrages[3]).

[1]) Friedrichs, S. 9.

[2]) Hirschberg, S. 51.

[3]) Reinhold, S. 30.

Das von Brinz aufgestellte Begriffsmoment: „quove pluris vendidisses tibi haberes“ ist also entbehrlich[1]). Es wird sich auch unten zeigen[2]), daß die l 13 D de P. V. 19,5. der es entnommen ist, nicht als zum contractus aestimatorius gehörig anzusehen ist.

4. Als viertes Essentiale erwähnt Brinz die Hingabe einer Sache zum Verkauf.

Daß beim contractus aestimatorius der Auftraggeber dem Empfänger eine Sache hingeben muß, ist unbestritten.

Fraglich ist jedoch, was für Sachen hingegeben werden können, da die Quellen nichts darüber enthalten. Merkel meint: „Die zu vertrödelnde Sache konnte sowohl unbeweglich als beweglich und muß nur überhaupt in commercio sein; denn obgleich meistenteils nur bewegliche Sachen vertrödelt wurden und noch werden, so sind doch auch die unbeweglichen gesetzlich nicht ausgenommen und es bietet das Leben Beispiele genug dar, welche auf die Vertrödelung von Häusern, Grundstücken, Rechten und Gerechtigkeiten hinweisen[3]).“

Daß Rechte und Gerechtigkeiten „vertrödelt“ werden, wird heutzutage niemand im Ernst behaupten wollen.

[1]) Siehe die Definitionen von: Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 512; Windscheid-Kipp II, § 383, S. 575; Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 715; Endemann I, § 163, S. 1021.

[2]) Unten S. 64 ff.

[3]) Merkel, S. 537.

Aber selbst über Immobilien werden keine Trödelverträge abgeschlossen[1]). Mag dies auch früher vorgekommen sein, so vollzieht sich doch der heutige Immobilienverkehr infolge des Grundbuchwesens in zu schwerfälligen Formen, als daß Jemand ein Grundstück zum Vertrödeln „hingeben" könnte.

Die Anwendung des contractus aestimatorius ist somit auf Mobilien beschränkt.

C. Das „vendendum dare" insbesondere.

Es besteht eine lebhafte Kontroverse, welche Bedeutung das „vendendum dare" hat.

In den Monographien über den contractus aestimatorius sind zwei Auffassungen vertreten, die sich als „Verpflichtungs"- und „Berechtigungstheorie" bezeichnen lassen.

Die erstere Auffassung geht dahin, das „vendendum dare" könne nur so verstanden werden, daß der Empfänger zum Verkauf oder doch zur Entfaltung einer gewissen Tätigkeit hinsichtlich des Verkaufs verpflichtet sei[2]).

Die andere Ansicht lautet: das „vendendum dare" sei nur a potiori gebraucht, weil die regelmäßige

[1]) Regelsberger, S. 912; Weidling, S. 126. — Anders Friedrichs, S. 19; Liebert, S. 5 Anm. 1.

[2]) Unten S. 27 ff.

Parteiabsicht auf den Verkauf gerichtet sei; der Empfänger sei jedoch zum Verkauf lediglich berechtigt[1]).

In den Lehrbüchern hingegen ist vorwiegend eine dritte Meinung — man kann sie die „Vereinigungstheorie“ nennen — vertreten, wonach der Empfänger je nach den Umständen berechtigt oder verpflichtet sein kann, und wonach es sich nur um die Frage handelt, was in dubio der Fall ist[2]).

Einverständnis herrscht nur darüber, daß der Empfänger das Recht hat, selbst als Käufer die Sache zu übernehmen. Das ist leicht begreiflich. Vertritt man nämlich die Ansicht, daß der Empfänger keine Verpflichtung, sondern nur die Befugnis hat, die Sache zu verkaufen, so begreift diese Befugnis ohne Weiteres auch das Recht, die Sache an sich selbst zu verkaufen, sie selbst zu behalten, in sich[3]). Sieht man andererseits den Empfänger als verpflichtet an, sich um den Verkauf zu bemühen, so ergibt sich, wie Bechmann und Hirschberg mit Recht erwähnen[4]), das Selbsteintrittsrecht zwar nicht ohne Weiteres, doch ist in dubio die Parteiabsicht als darauf gerichtet anzusehen, da dasselbe im Interesse des Auftraggebers wie auch des Empfängers liegt[5]).

[1]) Unten S. 29 ff.

[2]) Unten S. 34 ff.

[3]) Regelsberger, S. 912; Hirschberg, S. 25; Friedrichs, S. 10, 11; Reinhold, S. 6, 8; Koch, S. 9; Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330.

[4]) Bechmann, S. 409, 410; Hirschberg, S. 25.

[5]) Cohn, S. 42, 54; Liebert, S. 17, 45; Windscheid-Kipp II § 383, S. 575 Anm. 6.

Was die drei Theorien anlangt, so wird sich zeigen, daß die „Vereinigungstheorie“ als die richtige anzusehen ist.

1. Die Meinung, daß der Empfänger geradezu zum Verkauf verpflichtet ist, wird von Merkel vertreten. Er behauptet, der Trödler sei verpflichtet, die Sache innerhalb der gehörigen Zeit entweder zu verkaufen und von dem Erlöse so viel, als der Taxwert beträgt, an den Feilgeber abzuzahlen oder die Sache selbst in unversehrtem Zustand zurückzugeben [1]). Auch Crome scheint diese Auffassung zu haben, da er sagt: „Der Trödler soll die zu vertrödelnden Sachen verkaufen“ [2]).

Da der Empfänger jedoch auf den Mehrerlös als den einzigen Entgelt für seine Bemühungen angewiesen ist, so kann ihm nicht zugemutet werden, die Sache nur mit sehr geringem Profit oder gar unter dem Taxpreise einem Kaufliebhaber zu überlassen. Man muß deshalb Liebert beistimmen, daß die Frage nicht dahingestellt werden darf, ob der Trödler verkaufen muß, — denn das ist seine Sache — sondern ob er irgend eine auf den Verkauf zielende Tätigkeit entwickeln muß [3]).

Liebert meint nun, die letztere Frage müsse bejaht werden. Eine solche Verpflichtung ergebe sich als notwendige Gegenleistung für die dem Empfänger

[1]) Merkel, S. 537, 538.

[2]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714 vor Anm. 4.

[3]) Liebert, S. 28.

durch das Recht auf den Mehrerlös eingeräumte Gewinnchance, die ein vermögenswertes Recht sei [1]). Liebert übersieht hierbei, daß eine Chance niemals ein Recht ist. Sie läßt sich höchstens als ein bedingtes Recht auffassen, und zwar beim contractus aestimatorius bedingt durch glückliches Gelingen des Verkaufs. Gelingt der Verkauf nämlich nicht, so hat der Empfänger gar keinen Vorteil, im Gegenteil unter Umständen Unkosten. Aus dem Vorhandensein der Gewinnchance läßt sich also die Notwendigkeit einer Verpflichtung des Empfängers, im Interesse des Verkaufs eine Tätigkeit zu entfalten, nicht folgern.

Cohn [2]) schließt daraus, daß Ulpian den contractus aestimatorius mit dem Mandat und der Dienstmiete vergleicht, daß der Empfänger wie der Mandatar und der Locator zu einer Tätigkeit verpflichtet ist. Aus diesem äußerlichen Umstand kann jedoch kein überzeugender Schluß gezogen werden, zumal Ulpian den contractus aestimatorius auch der emtio venditio gegenüberstellt, bei der von einer derartigen Verpflichtung doch nicht die Rede sein kann.

Cohn argumentiert weiter: der Auftraggeber wolle, daß der Empfänger die Sache verkaufe, es würde sich deshalb mit dem guten Glauben des Verkehrs nicht vertragen, wenn der Empfänger dem Auftraggeber einfach die Sache zurückbringe, weil es ihm etwa nicht passe, sie zu verkaufen. Durch den einseitigen Willen

[1]) Liebert, S. 25 ff., 28.

[2]) Cohn, S. 44 ff.

des Auftraggebers kann jedoch keine Verpflichtung für den Empfänger entstehen.

Cohn hat darin Recht, daß, falls dem Empfänger gemäß l 2 D de aest. 19,3 eine merces versprochen wird, der Auftraggeber von ihm verlangen kann, sich um den Verkauf zu bemühen, da die merces eine Gegenleistung voraussetzt. Damit ist aber nicht bewiesen, daß eine solche Verpflichtung des Empfängers auch in den Fällen, wo keine merces vereinbart ist, besteht.

Für die „Verpflichtungstheorie" sind also keine stichhaltigen Gründe vorgebracht worden.

2. Für die „Berechtigungstheorie" ist vor Allem Koch [1]) in die Schranken getreten. Er hebt mit Recht hervor, daß eine Verpflichtung des Empfängers zu Verkaufsbemühungen sich nur in der Weise mit der alternativen Verpflichtung zur Preiszahlung oder Sachrückgabe vereinigen läßt, daß die letztere unter der Bedingung eintritt, daß der Empfänger sich der ersteren ohne Erfolg unterzogen hat. Er formuliert diese Bedingung in folgender Weise:

„Unter der Bedingung, daß dem Empfänger eine Veräußerung zu 100 Mk. nicht gelingt, soll er die Alternative haben, ob er die Sache um 100 Mk. behalten oder ob er sie zurückgeben will" und meint, daß ein Rechtsgeschäft mit einer solchen Bedingung keinen vernünftigen Sinn haben würde.

[1]) Koch, S. 5.

Legt man anstatt auf das Wahlrecht des Empfängers auf die alternative Verpflichtung den Nachdruck, so lautet der Koch'sche Satz: „Unter der Bedingung, daß dem Empfänger eine Veräußerung zu 100 Mk. nicht gelingt, besteht für ihn die alternative Verpflichtung, die Sache um 100 Mk. zu behalten oder sie zurückzugeben".

Koch ist der Ansicht, wenn der Empfänger die 100 Mk. bringe, so habe der Auftraggeber kein rechtliches Interesse daran, woher derselbe das Geld erhalten habe; mithin werde der Empfänger von vornherein kaufen können und man werde nicht von einer nur bedingten Berechtigung reden dürfen. Der Empfänger hat allerdings von vornherein das Recht, die Sache selbst zu kaufen, das sog. Selbsteintrittsrecht [1]). Daraus folgt aber keineswegs, wie Koch glaubt, daß die Verpflichtung nur lauten kann: „Du bemühst Dich, mir 100 zu verschaffen, eventuell restituierst du die Sache [2])". Die Verpflichtung hat vielmehr zu lauten: „Du bemühst Dich, mir 100 zu verschaffen, — wobei es Dir freisteht, selbst die Sache zu kaufen — eventuell restituierst Du die Sache oder zahlst den Preis". Oder, um die oben formulierte Bedingung anzuwenden: „Unter der Bedingung, daß dem Empfänger eine Veräußerung zu 100 Mk. nicht gelingt und er von seinem Selbsteintrittsrecht

[1]) Oben S. 26.

[2]) So muß man den Koch'schen Satz: „Du bemühst dich, mir 100 zu verschaffen, eventuell die Sache zu restituieren" verbessern.

keinen Gebrauch macht, besteht für ihn die alternative Verpflichtung, die Sache um 100 Mk. zu behalten oder sie zurückzugeben".

Das Verhältnis gestaltet sich also folgendermaßen: Neben der Pflicht, sich um den Verkauf zu bemühen, besteht das Recht, die Sache selbst zu behalten. Neben der Pflicht, die Sache zurückzugeben, besteht hingegen nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Sache selbst zu behalten. Während also zunächst eine facultas alternativa besteht, liegt nach Eintritt der Bedingung eine alternative Verpflichtung vor [1]).

Eine Verpflichtung zu Verkaufsbemühungen hat also beim contractus aestimatorius sehr wohl einen Sinn.

Gegen Koch spricht auch noch der Umstand, daß nach l 2 D de aest. 19,3 eine merces vereinbart werden kann, die, wie bereits erwähnt [2]), eine Gegenleistung des Empfängers voraussetzt. Koch sieht sich deshalb veranlaßt, die merces als eine blos für den Verkaufsfall vereinbarte Vergütung anzusehen [3]), die jedoch keinen Sinn hat, weil sie nur eine Ermäßigung der aestimatio darstellt [4]).

Es mag endlich bemerkt werden, daß bei der Verkaufskommission die Verhältnisse ähnlich liegen.

Der Verkaufskommissionär ist zunächst verpflichtet, die Kommission zur Ausführung zu bringen, gelingt

[1]) Damit erledigen sich auch die Bedenken von Hirschberg (S. 16) bezüglich der Substanziierung der Klage.

[2]) Oben S. 29; siehe auch unten S. 101.

[2]) Koch, S. 6 Anm. 1.

[4]) Unten S. 102.

ihm der Verkauf nicht, so ist er verpflichtet, die Ware zurückzugeben.

Nach Art. 376 des alten resp. § 400 des neuen Handelsgesetzbuches hat der Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen ein Selbsteintrittsrecht. Es steht nichts im Wege, ihm bei Vorhandensein dieser Voraussetzungen das Selbsteintrittsrecht auch dann noch zu gewähren, wenn er sich bereits vergeblich um den Verkauf bemüht hat.

Neben der Pflicht, sich um den Verkauf zu bemühen, besteht dann also das Recht, die Sache selbst zu behalten. Neben der Pflicht, die Sache zurückzugeben, besteht auch dieses Recht, die Sache selbst zu behalten. Hier liegt also nur eine facultas alternativa vor.

Der Auftraggeber beim contractus aestimatorius muß also alternativ auf Rückgabe der Sache oder Zahlung des Preises klagen, der Kommittent klagt einfach auf Rückgabe der Sache.

Was die von anderen Schriftstellern für die „Berechtigungstheorie“ vorgebrachten Gründe anlangt, so stellt Friedrichs[1]), den Grundsatz auf, daß nur derjenige das Recht hat, einem Anderen Instruktionen zu erteilen, welcher auch die Verantwortlichkeit für den Erfolg übernimmt. Diese Maxime hat gewiß in vielen Fällen ihre Berechtigung, doch ist es nicht, wie Friedrichs glaubt, „unmöglich“, daß der Auftraggeber dem Empfänger mit dessen Einverständnis derartige, den Verkauf der Sache betreffende Weisungen erteilt.

[1]) Friedrichs, S. 11; siehe auch Chambon, S. 103, 104; Arnold, S. 16.

Friedrichs meint weiter, es lasse sich nicht sagen, welche Rechtsfolgen die Unterlassung von Verkaufsbemühungen haben sollte. „Man nehme z. B. an", sagt er, „ein Uhrmacher bezöge auf dem Wege des Trödelvertrages eine größere Menge von Uhren aus einer berühmten Fabrik. Er stellt sie sämtlich in seinem Schaufenster aus, um die Aufmerksamkeit der Leute auf sich zu ziehen, aber er verkauft grundsätzlich nur die von ihm selbst hergestellten Uhren, weil er an diesen mehr zu verdienen glaubt. Das Verfahren wäre zweifellos unanständig oder sogar unredlich; ich glaube aber dennoch, daß der Empfänger innerhalb seiner Befugnisse geblieben ist". Diese Auffassung ist durchaus irrig. Bei solchem dolosen Verhalten des Empfängers würde der Auftraggeber, selbst, wenn keine Verpflichtung zu Verkaufsbemühungen vereinbart ist, gegen ihn klagen können [1]). Eine Schadensersatzklage ist nicht unmöglich, wie Friedrichs annimmt, nur wird der Beweis, daß ein Schaden entstanden ist, ähnlich wie beim Mäklervertrag [2]), oft schwer zu erbringen sein. Würde aber etwa, um bei dem Beispiel von Friedrichs zu bleiben, der Auftraggeber nachweisen können, daß Kaufliebhaber für seine im Schaufenster des Empfängers ausgestellten Uhren einen Preis geboten hätten, der für den Empfänger einen annehmbaren Mehrerlös abgeworfen haben würde, so müßte der Empfänger ihm den entgangenen Gewinn ersetzen.

[1]) Unten S. 96.

[2]) Unten S. 95.

Hirschberg und Reinhold führen aus, dem Auftraggeber sei es nur darum zu tun, Geld zu bekommen; wie nun der Empfänger mit der Sache operiere, ob er sie verkaufe, verschenke, selbst behalte oder verliere, sei ihm völlig gleichgültig[1]). Hierauf ist zu entgegnen, daß der Auftraggeber, weil er die aestimatio haben möchte, ein starkes Interesse daran hat, daß der Empfänger nicht die Hände in den Schooß legt, sondern sich um den Verkauf bemüht.

Wenn Hirschberg ferner vorbringt, die Aussicht auf den Mehrerlös veranlasse den Empfänger schon zur Genüge, seine Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers zu entfalten und sein Interesse mit dem des Auftraggebers zu identifizieren[2]), so ist zuzugeben, daß darin vielfach ein genügender Ansporn zu Bemühungen für den Empfänger liegen wird, doch lassen sich auch Fälle denken, in denen der Empfänger sich ungeachtet der Aussicht auf den Mehrerlös untätig verhält.

Auch für die „Berechtigungstheorie" ist somit von keinem Schriftsteller ein überzeugender Beweis erbracht worden.

3. Es ist demnach anzunehmen, daß das Richtige in der Mitte liegt, daß also der zwischen jenen beiden Theorien vermittelnden „Vereinigungstheorie" der Vorzug zu geben ist.

Daß diese Theorie in der Tat als die allein richtige anzusehen ist, geht daraus hervor, daß auch Friedrichs und Hirschberg, also Anhänger der

[1]) Hirschberg, S. 11; Reinhold, S. 6, 8.

[2]) Hirschberg, S. 11.

„Berechtigungstheorie", ihr im Prinzip huldigen, indem sie die Möglichkeit einer Verpflichtung des Empfängers beiläufig zugeben. Sie erwähnen nämlich, daß der Empfänger sich durch besondere Nebenabrede zu gewissen Bemühungen verpflichten könne, insbesondere, wenn ihm eine merces versprochen sei; ja die Vereinbarung einer merces habe überhaupt nur Sinn, wenn der Empfänger eine Verpflichtung zu einer Verkaufstätigkeit übernehme[1]).

Friedrichs und Hirschberg suchen dieses ihnen unbequeme Zugeständnis freilich dadurch abzuschwächen, daß sie behaupten, die Verpflichtung zur Verkaufsbemühung beruhe nicht auf dem Trödelvertrag, sondern nur auf einer Nebenabrede[2]). Worauf die Verpflichtung beruht, ist aber völlig gleichgültig. Von Bedeutung ist nur, daß sie überhaupt mit dem Wesen des contractus aestimatorius vereinbar ist. Es ist nämlich eine Eigentümlichkeit eines Vertrages, wenn eine derartige Nebenabrede bei ihm möglich ist, ohne daß er dadurch seine Eigenart verliert. Wollte man etwa bei einem Kauf auf Probe mit Sachübergabe[3]) eine derartige Nebenabrede treffen, so würde kein Kauf auf Probe mehr vorliegen, weil es für diesen essentiell ist, daß der Käufer mit der Sache machen

[1]) Friedrichs, S. 12, 17; Hirschberg, S. 18, 54; siehe auch Arnold, S. 14 (16).

[2]) Die Friedrichs (S. 17) in gekünstelter Weise als Dienstmiete konstruiert.

[3]) D. h. bei dem die Sache dem Kaufliebhaber zur Besichtigung übergeben wird.

kann, was er will. Würde man andererseits neben einer locatio conductio vereinbaren, daß der Mieter keinerlei Verpflichtungen haben solle, so würde es sich nicht mehr um eine locatio conductio handeln, weil es für diese wesentlich ist, daß eine Verpflichtung des Mieters besteht.

Ein Analogon zum Trödelvertrag bildet der Mäklervertrag. Die herrschende Ansicht geht nämlich dahin, daß der Mäkler zu Bemühungen verpflichtet sein kann oder nicht. So hebt Planck besonders hervor, daß Riesenfeld mit Unrecht annehme, daß in dem Fall, wo dem Mäkler die Entfaltung einer gewissen Tätigkeit auferlegt sei, ein Mäklervertrag überhaupt nicht vorliege; eine auf eine Tätigkeit gerichtete Vereinbarung schließe nämlich den Begriff des Mäklervertrages keineswegs aus[1]).

Fraglich ist nur, was in dubio der Fall ist. Für eine bloße Berechtigung des Mäklers ist namentlich Planck[2]) eingetreten, für eine Verpflichtung desselben vor Allem Crome[3]).

Beim contractus aestimatorius geht die überwiegende Meinung dahin, daß in dubio nur eine Berechtigung des Empfängers besteht. Sie ist vertreten von Regelsberger, Dernberg, Oertmann und

[1]) Planck II, S. 393.

[2]) Planck II l. c.

[3]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 272, S. 709 Anm. 15; Part. Rechtsg., S. 413 ff.

Endemann, ohne daß dieselben freilich Gründe für ihre Ansicht angeben[1]).

Windscheid ist der einzige, der das Gegenteil behauptet: „Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung (sc. sich um den Verkauf zu bemühen) gewollt haben, es müßte denn die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein[2])." Weshalb das Interesse der Parteien den Ausschlag geben soll, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen sind viele von den Gründen, welche, wie oben dargetan ist[3]), der „Berechtigungstheorie" nicht zum Siege verhelfen können, geeignet, die herrschende Ansicht über die in-dubio-Frage zu unterstützen.

Es entspricht zunächst der Billigkeit, daß der Empfänger mangels besonderer Parteivereinbarung nicht „verpflichtet" ist, da er das Risiko läuft, nicht nur keine Vergütung für seine Bemühungen zu erhalten, sondern sogar Unkosten zu haben.

Sodann hat solche „Verpflichtung" nur geringe praktische Bedeutung, weil für den Auftraggeber die Beweisführung meistens schwierig ist. Das gibt selbst Crome, ein Anhänger der „Verpflichtungstheorie", zu, indem er bemerkt, daß die Bemühungen des Trödlers

---

[1]) Regelsberger, S. 912; Dernburg, Pand. II, § 120, S. 330 Anm. 5, Bürgerl. R. II, 2, § 348, S. 513 sub a); Oertmann, S. 379; Endemann I § 163, S. 1021.

[2]) Windscheid-Kipp II § 383, S. 576.

[3]) Oben S. 32 ff.

um den Verkauf an sich kaum kontrolierbar, geschweige denn erzwingbar sind[1]).

Endlich wird in der Regel die Aussicht auf den Mehrerlös ein genügender Ansporn für den Empfänger sein. —

Faßt man Alles zusammen, so gewinnt man also folgende Merkmale für den contractus aestimatorius:

a) Hingabe einer Sache.

b) Festsetzung eines Preises.

c) Alternativität der Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung.

d) In dubio bloße Verkaufsberechtigung des Empfängers: „Berechtigungs"- oder „Normalfall". Auf Grund besonderer Parteivereinbarung: Verpflichtung des Empfängers, sich um den Verkauf zu bemühen: „Verpflichtungsfall".

[1]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714 Anm. 6.

III. Wesen und Konstruktion.

A. Nach römischem Recht.

1. Prüfung der actio aestimatoria.

Über das Wesen eines Kontraktes gibt im römischen Recht am besten die für ihn geschaffene actio einen Aufschluß.

Hinsichtlich der actio aestimatoria besteht eine Kontroverse, ob sie nur für den contractus aestimatorius oder für alle Kontrakte, bei denen eine aestimatio vorkommt, bestimmt ist.

Den Anlaß zu dieser Meinungsverschiedenheit hat die folgende Stelle der l 1 pr. D de aest. 19,3 gegeben: Quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Seit der Glossatorenzeit hat es nicht an Emendationsversuchen gefehlt[1]), um Sinn in diese Worte zu bringen. Brinz und Ihering glauben, daß das Wort „actionem" vor „dari" durch „aestimationem" zu ersetzen sei und daß folglich die actio aestimatoria in allen Fällen zur

[1]) Siehe die ältere Litteratur bei Cohn, S. 6.

Anwendung gelange, wo eine Sache hingegeben wird mit der alternativen Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben oder ihre aestimatio zu bezahlen[1]).

Gegen dieses Resultat erheben sich jedoch starke Bedenken. Zunächst würde dasselbe in Widerspruch zu dem Anfang des zitierten Titels stehen, wo es heißt: actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio etc. Es hatten hiernach ehemals Zweifel bestanden, ob beim Vorliegen des Tatbestandes „cum res aestimata vendenda datur etc." die actiones emti venditi, locati conducti etc. angewendet werden könnten. Als man dann zu der Überzeugung gekommen war, daß die Kaufklage und andere bekannte Klagen hier nicht am Platze seien, ist, um die früheren Zweifel ein für alle Mal zu beseitigen, die actio aestimatoria proponiert worden. Hieraus ergibt sich deutlich, daß die actio aestimatoria eigens für den contractus aestimatorius bestimmt ist[2]).

Es kommt hinzu, daß alle anderen Kontrakte, bei denen eine aestimatio festgesetzt werden kann, wie z. B. ein Dotalvertrag, ein commodatum, ein depositum gar keiner besonderen Klage bedurften, weil sie bereits ihre eigene Klage: Dotalklage, actio commodati, depositi etc. hatten[3]). Nur der Vertrag mit dem

[1]) Brinz, S. 43; Ihering, S. 387 ff. Ihnen hat sich Zitelmann, S. 504 und später auch Hirschberg, S. 77, angeschlossen.

[2]) Cohn, S. 9; Glum, S. 25 26.

[3]) Cohn, S. 9 ff.; Glum, S. 24/25.

Inhalt: res aestimata vendenda datur etc. hatte noch keine Klage, er allein war also einer Klage bedürftig und nur für ihn ist somit — wie es auch herrschende Meinung ist[1]) — die actio aestimatoria eingeführt worden.

Der Vorschlag von Brinz und Ihering, in der l 1 cit. das Wort „actionem“ vor „dari“ durch „aestimationem“ zu ersetzen, kann somit nicht akzeptiert werden.

Cohn und Glum nehmen eine andere Emendation vor. Sie eliminieren das hinter „dandam“ stehende Wort „aestimatoriam“, weil dieses ihrer Ansicht nach ein Einschiebsel der Kompilatoren ist[2]), und tragen auf diese Weise den vernünftigen Sinn in die fragliche Stelle hinein, daß stets, wenn über den Namen eines Kontraktes Streit herrsche, irgend eine Klage aber gewährt werden müsse, eine actio praescriptis verbis zu geben sei.

Da dieser allgemeine Satz über die actiones praescriptis verbis sich auf die am Anfang der l. 1 cit. erwähnte actio de aestimato (i. e. actio aestimatoria) bezieht, so folgt daraus zugleich, daß die actio aestimatoria als actio praescriptis verbis anzusehen ist[3]). —

---

[1]) Siehe außer Cohn und Glum: Karlowa, S. 250 ff.: Bechmann II, S. 409 Anm. 1; Lipp, S. 14 ff.: Schneemann, S. 18.

[2]) Cohn, S. 6; Glum, S. 27, 39.

[3]) Ebenso: Karlowa, S. 253; Dernburg, Pand. II § 120, S. 330 Anm. 3; Schneemann, S. 17; Koch, S. 22; Wohlfahrt, S. 17; Cohn, S. 6.

Da also der contractus aestimatorius eine besondere, ihm eigentümliche Klage hat, so folgt daraus mit logischer Notwendigkeit, daß er nach römischem Recht ein besonderer Vertrag, ein contractus sui generis ist. Zweifel hieran sind ebenso unbegründet wie etwa Zweifel an der Eigenart der emtio venditio.

Anstatt diese einfache Schlußfolgerung zu machen, durch welche die Frage nach der Natur des römischen contractus aestimatorius ohne Weiteres ihre Erledigung findet, stellen viele Bearbeiter dieser Lehre durch einen Vergleich mit anderen Verträgen besondere Untersuchungen darüber an, ob der contractus aestimatorius ein besonderer Vertrag ist[1]), wobei einige sogar zu einem negativen Resultat kommen, indem sie ihn als Abart des mandatum mea et tua gratia[2]), als Verkaufskommission[3]), und als bedingten Kauf[4]) bezeichnen.

Diese letzteren Schriftsteller verfahren jedoch durchaus unwissenschaftlich, da sie sich geradezu mit den Quellen in Widerspruch setzen. Sie müssen deshalb auch notwendigerweise Fehler in ihren Deduktionen machen. Liebert bringt dies treffend zum Ausdruck, indem er sagt: „Indessen taucht doch immer noch hier und da die Ansicht auf, der Trödelvertrag sei . . . . . einfach ein bedingter Kaufvertrag. So bei

[1]) Koch, S. 2; Wohlfahrt, S. 6, und die in den folgenden Anmerkungen Genannten.

[2]) Schaps; Baron (unten S. 62).

[3]) Gengler (unten S. 63).

[4]) Chambon (unten S. 52); Hirschberg (unten S. 55); Reinhold (unten S. 57).

Reinhold cit. Dies steht im Widerspruch mit der Tatsache, daß der Vertrag zwar ein zweideutiger oder mehrdeutiger, aber jedenfalls ein eigener Vertrag ist, — und wenn Reinhold zu einem entgegengesetzten Schlusse kommt, so muß schon irgend eine Prämisse bei ihm falsch sein[1])."

Diese Fehler lassen sich denn auch unschwer nachweisen, indem man als Probe auf das Exempel den contractus aestimatorius mit ähnlichen Verträgen vergleicht. Ein solcher Vergleich wird erleichtert, wenn man den contractus aestimatorius zuvor auf eine prägnante Form zurückführt.

Hierbei ist vom „Normalfall"[2]) auszugehen.

2. Konstruktion.

a) Normalfall.

Zitelmann hat dargetan, daß die Bedeutung der alternativen Absicht beim Rechtsgeschäft weit über das Gebiet der sog. alternativen Obligation hinausreicht[3]).

Bei der alternativen oder Wahl-Obligation handelt es sich um eine alternative Bestimmung des Geschäftsinhalts bei fest bestimmter Geschäftsart[4]).

---

[1]) Liebert, S. 38.
[2]) Oben S. 38.
[3]) Zitelmann, S. 502 ff.
[4]) Zitelmann, S. 505 sub III.

Man kann aber auch eine alternative Bestimmung der Art des Rechtsgeschäfts bei festem Geschäftsabschluß vornehmen[1]).

Hierher rechnet Zitelmann den Trödelvertrag[2]).

Derartige Doppelgeschäfte kommen auch sonst praktisch vor. Zitelmann[3]) führt folgendes Beispiel an: „Man entnimmt eine Nähmaschine von dem Händler mit der Abrede, entweder 2 Mk. monatlich Miete oder auf einmal 150 Mk. als Kaufpreis zu zahlen.“ Er erwähnt ferner den Ihering'schen Fall[4]): Von einer Porzellanhandlung bezieht Jemand zu einer Gesellschaft eine Quantität Teller mit der Vereinbarung, daß er für die unbeschädigt zurückgeschickten das Dutzend mit 20 Pf., für die zerbrochenen das Stück mit 1 Mk. vergüten solle“.

In diesen beiden Fällen konkurrieren alternativ eine Miete und ein Kauf.

Auch beim contractus aestimatorius liegt wegen der einen auf Preiszahlung gerichteten Alternative ein Kauf vor[5]). Die Absicht des Auftraggebers geht nämlich dahin, dem Empfänger gegen Zahlung der aestimatio die Sache zu belassen, diejenige des Empfängers dahin,

[1]) Zitelmann, S. 503 sub II. — Auf die Unterarten 1—3, die Zitelmann angiebt, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[2]) Zitelmann, S. 505 Anm. 456.

[3]) Zitelmann, S. 504.

[4]) Aus Ihering, Jurisprudenz des täglichen Lebens XIII, Nr. 20.

[5]) Hirschberg, S. 55.

die Sache gegen Preiszahlung zu behalten. Ob der Empfänger die Sache selbst behält oder sie an Dritte verkauft, ist hierbei gleichgültig, da die Gelegenheit, die Sache verkaufen zu können, als Motiv für das Selbstbehalten anzusehen ist.

Das andere auf Überlassung und Rückgabe der Sache gerichtete Rechtsgeschäft läßt sich hingegen nicht, wie in den obigen Beispielen, als Miete auffassen, weil der Empfänger keine Vergütung zu entrichten hat. Es kommt trotz der Unentgeltlichkeit auch nicht etwa eine Leihe zustande, weil diese ein reines Gefälligkeitsgeschäft auf Seiten des Verleihers ist, während beim contractus aestimatorius der Auftraggeber auch sein eigenes Interesse bei Hingabe der Sache im Auge hat. Man kann diesen Vertrag unter keinen der bekannten Kontraktstypen subsumieren; es handelt sich um ein eigenartiges, wegen seiner Unentgeltlichkeit leiheähnliches Rechtsgeschäft.

Der contractus aestimatorius ist somit eine Kombination zweier alternativ konkurrierender Rechtsgeschäfte, eines Kaufes und eines leiheähnlichen Vertrages. —

Um das Wesen dieser die Geschäftsart betreffenden Alternative, die eine wissenschaftliche oder gesetzliche Behandlung bisher nicht erfahren hat, zu erkennen, muß von einer Betrachtung der sog. Alternativobligation ausgegangen werden.

Zitelmann charakterisiert diese in folgender Weise: „In diesem Fall ist sicher, daß ein Rechtsgeschäft und welche Art Rechtsgeschäft abgeschlossen

wird. Nicht völlig bestimmt aber ist der individuelle Inhalt des seiner Art nach bestimmten Geschäfts, d. h. das Recht, welches den Gegenstand der Rechtsfolge bildet“ [1]).

Deutlicher ergibt sich das Wesen der Alternativobligation aus der Erklärung von Windscheid: „Der Schuldner soll Dieses oder Jenes leisten; unbestimmt ist nicht, ob, sondern was er leisten muß. Deswegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte Obligation gedacht werden“ [2]). Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung. So sagt auch Dernburg: „Beide Objekte sind — alternativ — Gegenstand der Schuld ... Aber zu leisten ist nur eines derselben ... Bernstein, alternativer Wille, stellt die Frage so: ob bei der alternativen Obligation suspensive oder resolutive Pendenz stattfinde, ob es also ungewiß sei, welcher Gegenstand Objekt der Obligation werde oder welcher Objekt derselben bleibe. Aber keine dieser Alternativen ist unseres Erachtens zutreffend. Die Obligation ist mit dem Kontrakt fertig und umfaßt — alternativ beide Schuldobjecte“ [3]).

Wie bei der Alternativobligation, so sind nun auch bei der dem contractus aestimatorius eigentümlichen Alternative zwei Objekte resp. Leistungen Gegenstand der Schuld: die Sachübergabe und die Preiszahlung.

Während aber die beiden Leistungen bei der Alternativobligation auf Grund eines einzigen Vertrages

[1]) Zitelmann, S. 505 sub III.

[2]) Windscheid-Kipp II § 255, S. 22, 23.

[3]) Dernburg, Pand. II § 27 Anm. 4, S. 79, 80.

geschuldet werden, werden sie bei der die Geschäftsart betreffenden Alternative aus zwei Verträgen geschuldet. Es wird nicht ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, sondern es kommen zwei Verträge neben einander zustande, aus denen je eine Leistung geschuldet wird[1]). Wie bei der Alternativobligation ist aber nur eine Leistung zu bewirken, folglich braucht auch nur ein Vertrag erfüllt zu werden, und zwar nach Wahl des Schuldners. Ebenso wenig wie bei der Alternativobligation die Frage dahin gestellt werden darf, welche Leistung Objekt der Obligation werde oder bleibe, darf bei der die Geschäftsart betreffenden Alternative gefragt werden, welches Rechtsgeschäft zustande kommen oder bestehen bleiben werde: Beide Rechtsgeschäfte sind — alternativ fertig abgeschlossen.

In den obigen Beispielen kommen also nebeneinander ein Kauf und eine Miete zustande, und der Schuldner hat die Wahl, welchen Vertrag er erfüllen will, ob er für die Nähmaschine monatlich 2 Mk. resp. für das Dutzend Teller 20 Pfg. Miete entrichten oder ob er für die Nähmaschine einmal 150 Mk. resp. für einen Teller 1 Mk. als Kaufpreis bezahlen will.

Beim contractus aestimatorius aber kommen neben einander ein Kauf und ein leiheähnliches Rechtsgeschäft zustande, und der Empfänger hat die Wahl,

[1]) Zitelmann, S. 503 sub II, drückt sich nicht deutlich genug aus, wenn er sagt: „In diesem Fall ist sicher, daß ein Rechtsgeschäft zustande kommt: fraglich ist nur, welcher Art es sein wird."

welchen Vertrag er erfüllen, ob er den Kaufpreis bezahlen oder die Sache zurückgeben will.

Zwei alternativ konkurrierende Rechtsgeschäfte dürfen also nicht mit einer Kombination zweier bedingter Rechtsgeschäfte identifiziert werden.

Friedrichs[1]) begeht diesen Fehler, indem er den contractus aestimatorius als eine Kombination eines suspensiv bedingten Kaufs und eines suspensiv bedingten kommodatähnlichen Vertrages auffaßt. Er läßt sich hierzu durch das Beispiel von Gajus 3, 146 bestimmen: Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emtio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Gajus beantwortet nämlich die Frage dahin: Et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emtionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione au locatione; iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.

Koch bemerkt hierzu: „Bei Gajus hängt es ex accidentibus ab, welche Leistung geschuldet wird, und da hat der Jurist, welcher sich übrigens sehr vorsichtig ausdrückt — tamquam sub condicione facta — Recht,

[1]) Friedrichs, S. 23 ff.

von einer Bedingung zu reden, hier aber handelt es sich um eine Wahl, und das ist nach römischer Auffassung ein gewaltiger Unterschied“ [1]).

Da aus der Terminologie der Gajusstelle nicht zu erkennen ist, ob eine Alternative vorliegt, so mag man immerhin in Anbetracht der Worte „tamquam sub condicione facta“ annehmen, daß es sich dort um zwei bedingte Geschäfte handelt[2]), ähnlich wie beim Kauf auf Probe, auf den unten näher einzugehen ist[3]). Es ist jedoch falsch, hieraus Schlüsse auf den contractus aestimatorius zu ziehen. Bei diesem Kontrakt liegt nach herrschender Ansicht eine Alternative vor[4]), die, wie zur Genüge dargetan ist, nicht als eine Kombination von Bedingungen konstruiert werden darf. —

Zu erwähnen ist endlich noch, daß Hirschberg die Ansicht, daß der contractus aestimatorius ein Doppelgeschäft ist, überhaupt nicht gelten lassen will[5]). Er nimmt im Fall des Gajus zwar auch ein Doppelgeschäft an, meint hingegen, daß dazu beim contractus aestimatorius keine Veranlassung sei. Hier habe der Parteiwille weder Miete noch Kommodat, noch ein diesen ähnliches Geschäft in den Vordergrund gestellt, das die Übergabe der Sache an den Trödler und dessen

---

[1]) Koch, S. 14 Anm. 4.

[2]) Das scheint auch Zitelmanns Ansicht zu sein, da er das Gajus-Beispiel nicht erwähnt.

[3]) Unten S. 53 ff.

[4]) Oben S. 20.

[5]) Hirschberg, S. 64, 65.

Gewahrsam bis zu seinem Entscheide rechtfertige. Der Trödelvertrag setze seiner rechtlichen Natur nach bereits voraus, daß dem Trödler die Sache übergeben und belassen werde, damit er die geschäftlichen Manipulationen, insbesondere den Verkauf vornehme, nach welchen seine Entscheidung, ob er die Sache zurückgebe oder behalte, sich gewöhnlich bestimme.

Welches Geschäft von den Parteien in den Vordergrund gestellt wird, ist jedoch gleichgültig. Richtig ist, daß der Trödelvertrag seiner Natur nach einen Gewahrsam der Sache voraussetzt. Dieser Umstand schließt jedoch die Annahme eines Doppelgeschäftes nicht aus. Der Unterschied von den oben erwähnten Beispielen besteht nur darin, daß bei diesen eine willkürliche Kombination zweier Geschäfte vorgenommen ist, während beim contractus aestimatorius eine solche essentiell ist[1]).

b) Konstruktion des Verpflichtungsfalls.

Im Verpflichtungsfall besteht nach den obigen Ausführungen[2]) für den Empfänger die Verpflichtung, sich um den Verkauf zu bemühen und daneben die Berechtigung, selbst als Käufer einzutreten. Hat er von letzterer keinen Gebrauch gemacht und sich den erforderlichen Bemühungen ohne Erfolg unterzogen, so tritt die bis dahin bedingte alternative Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung in Wirkung.

[1]) Siehe auch Friedrichs, S. 25 Abs. 3.

[2]) Oben S. 31.

Wegen des Selbsteintrittsrechts liegt ein Kauf vor, denn die Absicht des Auftraggebers geht in dieser Hinsicht auf Überlassung der Sache gegen Preiszahlung, diejenige des Empfängers auf Behalten der Sache gegen Preiszahlung[1]).

Das auf Entfaltung einer Verkaufstätigkeit gerichtete Rechtsgeschäft ist kein Werkvertrag, weil der Unternehmer unbedingt, der Empfänger hingegen nur, wenn ihm der Verkauf gelingt, eine Vergütung, nämlich den Mehrerlös erhält. Es läßt sich auch nicht als Mandat auffassen, weil dieses, wenigstens nach reinem römischen Recht, unter allen Umständen unentgeltlich ist[2]). Man kann diesen Vertrag deshalb am besten als ein mandatähnliches Rechtsgeschäft bezeichnen.

Außer der, wie im Normalfall, wegen der alternativen Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung vorliegenden Kombination eines Kaufs und eines leiheähnlichen Vertrages, die hier jedoch bedingt sind, ist also eine Kombination eines unbedingten Kaufs und eines unbedingten mandatähnlichen Vertrages vorhanden[3]).

Derartige mehrfache Kombinationen von Rechtsgeschäften kommen, wie Zitelmann erwähnt[4]), auch sonst bisweilen vor.

[1]) Bechmann II, S. 410, 411; Cohn, S. 55 sub c; Liebert, S. 17, 45.

[2]) Unten S. 62.

[3]) Cf. Bechmann II, S. 410. Er vergißt jedoch, auch die Alternative zu konstruieren.

[4]) Zitelmann, S. 507.

3. Vergleich mit ähnlichen Verträgen.

a) Normalfall.

Daß eine Kombination eines Kaufs und eines leiheähnlichen Vertrages in ihrer Gesamtheit kein unbedingter Kauf ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Doch ist es begreiflich, daß die Römer wegen der einen Alternative die Frage erwogen haben, ob nicht für den Fall, daß der Empfänger die Sache behält, die actio emti venditi zur Anwendung kommen könne. Da der Auftraggeber jedoch, wenn er klagen will, häufig nicht weiß, ob der Empfänger die Sache behalten oder zurückgeben will, so weiß er dann auch nicht, welche Klage er anstrengen soll, diejenige aus dem Kauf oder diejenige aus dem leiheähnlichen Vertrage. Von der Wahl der richtigen actio hing jedoch in Rom in erster Linie der Ausgang des Prozesses ab. Die Römer haben deshalb, um die beim contractus aestimatorius bestehende Schwierigkeit zu beseitigen, eine einheitliche Klage, die actio aestimatoria, geschaffen, mit der ohne Rücksicht auf die Wahl des Empfängers in jedem Fall geklagt werden kann.

Chambon faßt den contractus aestimatorius als eine emtio condicionalis auf. Hierunter versteht er aber nicht einen gewöhnlichen bedingten Kauf, sondern vielmehr ein Rechtsgeschäft, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufs erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereignis eintritt, nämlich

die Entscheidung des Empfängers für die Ästimationsleistung [1]).

Brinz meint, Chambon verwechsle hier die Wirkungen des Geschäfts, welche denen eines Kaufs ähnlich werden könnten, mit dem Geschäft selbst [2]).

Beides ist nicht richtig. Die Voraussetzungen des Kaufs sind wegen der einen Alternative von vornherein vorhanden. Dieser Kauf zeigt seine Wirkungen, wenn der Empfänger sich dafür entscheidet, die Sache zu behalten und den Preis zu zahlen.

Was das Verhältnis des contractus aestimatorius zum Kauf auf Probe mit Sachübergabe anlangt [3]), so ist Chambon der Ansicht, daß ein Unterschied zwischen beiden Verträgen besteht, weiß jedoch kein rechtlich erhebliches Unterscheidungsmerkmal anzugeben [4]).

Brinz behauptet, der Unterschied drehe sich um das Heimschlagen der Ware; beim contractus aestimatorius handele es sich um ein Heimschlagen-Sollen, die Zurückgabe der Ware sei, wenngleich nur alternativ in obligatione. Beim Kauf hingegen handele es sich nur um ein Heimschlagen-Können [5]). Mit anderen Worten: Beim contractus aestimatorius liege eine Alternative vor, beim Kauf auf Probe hingegen eine Bedingung.

[1]) Chambon, S. 78.
[2]) Brinz, S. 15.
[3]) Oben S. 35 Anm. 3.
[4]) Chambon, S. 93 ff.
[5]) Brinz, S. 13.

Darin besteht in der Tat der Unterschied zwischen den beiden Kontrakten.

Daß nämlich beim contractus aestimatorius eine Alternative besteht, und daß eine Alternative mit einer Bedingung nichts zu tun hat, ist bereits mehrfach erwähnt worden.

Daß andrerseits der Kauf auf Probe (si placuerit, si displicuerit) nach römischem Recht ein bedingtes Rechtsgeschäft ist, ist unbestritten. Ausführlich nachgewiesen ist dies insbesondere von Bechmann [1]), sowie von Fitting und Goldschmidt [2]).

Der praktische Unterschied erhellt am besten aus folgendem Umstand. Wenn beim Kauf auf Probe mit Sachübergabe der Käufer sich nicht erklärt, ob er die Sache behalten will oder nicht, so wird durch sein Schweigen die während des Schwebens der Bedingung bestehende Ungewißheit, ob der Kaufreflektant den Kaufpreis bezahlen oder die Sache zurückgeben wird, beseitigt. Es kann dahin gestellt bleiben, ob infolge des Schweigens nach römischem Recht condicio deficit, wie Bechmann annimmt [3]), oder, wie nach dem alten Handelsgesetzbuch [4]), existit. Jedenfalls weiß der Verkäufer dann, woran er ist; die Klage geht auf Rückgabe der Sache, resp., wenn man sich der Auffassung des Handelsgesetzbuches anschließt, auf Zahlung des Kaufpreises.

[1]) Bechmann II § 179 (S. 226) ff.

[2]) Dernburg, Pand. I § 108, S. 256 Anm. 1.

[3]) Bechmann II, S. 250 Anm. 1.

[4]) Altes H. G. B. art. 339 Abs. 4.

Wenn hingegen beim contractus aestimatorius der Empfänger sich nicht erklärt, so wird die in seiner Wahlbefugnis begründete Ungewißheit, ob er die aestimatio bezahlen oder die Sache zurückgeben wird, nicht gehoben. Bei der Alternativobligation verliert nämlich der Schuldner dadurch, daß er in Verzug kommt, noch nicht sein Wahlrecht [1]). Dieser Satz ist auf die beim contractus aestimatorius vorliegende, die Geschäftsart betreffende Alternative analog anzuwenden. Der Empfänger kommt also durch sein Schweigen zwar in Verzug, behält jedoch sein Wahlrecht: Der Auftraggeber muß deshalb alternativ klagen.

Diesen Unterschied gibt Hirschberg grundsätzlich zu. Er behauptet jedoch, auch beim Kauf auf Probe ließen sich Fälle denken, wo die Klage des Verkäufers vor Ausübung des Wahlrechts des Käufers alternativ neben der Preiszahlung auf Rückgabe der Ware gerichtet sein könne, z. B., wo eine Frist weder verabredet noch rechtsgebräuchlich sei und der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Frist Klage erhebe, ohne daß er von seinem Recht, den Käufer zur Erklärung aufzufordern (art. 339 Abs. 3 H. G. B.), Gebrauch mache [2]).

Dieser Fall wird jedoch in praxi schwerlich vorkommen, da es für den Käufer keinen Zweck hat, unter Verzicht auf sein etwaiges Aufforderungsrecht alternativ zu klagen. Auch ist es zweierlei, ob, wie

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 27, S. 80.

[2]) Hirschberg, S. 60, 61.

beim Kauf auf Probe, eine alternative Klage vorkommen kann, oder ob, wie es beim contractus aestimatorius der Fall ist, alternativ geklagt werden muß.

Übrigens besteht auch darin ein Unterschied zwischen contractus aestimatorius und Kauf auf Probe, daß bei ersterem der Preis, zu dem der Empfänger die Sache an Dritte verkaufen soll, von den Parteien limitiert werden kann, wie es z. B. beim Konditionsvertrag üblich ist[1]). Eine derartige Festsetzung des Verkaufs- (sog. Laden-)preises ist mit dem Begriff des Kaufs auf Probe nicht vereinbar.

Hirschberg irrt sich also, wenn er meint, daß zwischen dem Trödelkontrakt und dem suspensiv bedingten Kauf auf Probe materiell kein Unterschied bestehe[2]).

Damit erledigt sich auch sofort seine Schlußfolgerung, daß der contractus aestimatorius auch im Sinn der Quellen als ein in Gestalt eines Innominatkontraktes klagbarer Kauf auf Probe anzusehen sei, da die Römer auch diesen als Innominatkontrakt klagbar gemacht hätten[3]). Übrigens müßten die Römer nach dieser Auffassung den Kauf auf Probe in zwei Formen gekannt haben, einmal (si placuerit, si displicuerit) mit gewöhnlicher actio praescriptis verbis und ferner (cum res aestimata vendenda datur) mit

[1]) Unten S. 67, 98.
[2]) Hirschberg, S. 66.
[3]) Hirschberg, S. 76.

actio aestimatoria. Dies wäre an sich schon ein völlig unhaltbares Resultat.

Reinhold erblickt im contractus aestimatorius einen resolutiv bedingten Kauf auf Probe[1]). Ob es sich jedoch um eine resolutive oder eine suspensive Bedingung handelt, ist ganz gleichgültig. Eine Bedingung ist eben stets etwas Anderes als eine Alternative. Auch hier ist also vor Allem das von Brinz angegebene Unterscheidungsmerkmal maßgebend, über das Reinhold einfach hinweggeht[2]).

Dasselbe ist Friedrichs entgegenzuhalten, der den von ihm als Kombination zweier bedingter Rechtsgeschäfte konstruierten contractus aestimatorius auch für einen Kauf auf Besicht zu halten scheint[3]).

Der contractus aestimatorius ist von Chambon auch mit der locatio conductio rei verglichen worden[4]). Hiergegen ist vorgebracht worden, die beiden Verträge seien zu verschiedenartig, als daß ein Vergleich überhaupt lohne.

So meint Brinz: „Wie mag man das vendendum dare mit einer locatio conductio rei vergleichen! Sachen werden gemietet zu dem frui licere; kein

---

[1]) Reinhold, S. 28.

[2]) Siehe den circulus vitiosus bei Reinhold, S. 26.

[3]) Siehe Friedrichs, S. 20: Die Einleitungsworte von Abschnitt III, ferner Anm. 181 (S. 36) und die am Schlusse abgedruckte These 1.

[4]) Chambon, S. 97, 98.

Gedanke daran bei dem vendendum dare[1])". Ein solcher Vergleich hat jedoch mit Rücksicht auf das im contractus aestimatorius vorhandene leiheähnliche Rechtsgeschäft seinen guten Sinn. Chambon hat bereits richtig erkannt, daß der contractus aestimatorius verschieden wirkt, je nachdem der Empfänger die aestimatio bezahlt oder die Sache zurückgibt. Nur hat er das Wesen des contractus aestimatorius als ein Doppelgeschäft noch nicht erkannt. Er faßt den Vertrag wegen der einen Alternative als venditio condicionalis auf[2]) und vergleicht ihn im Hinblick auf die andere Alternative zwar nicht mit der Leihe, aber doch mit der Miete.

Was das Verhältnis des contractus aestimatorius im Fall bloßer Verkaufsberechtigung des Empfängers zu den übrigen Konsensualkontrakten anlangt, so liegt der prinzipielle Unterschied darin, daß der Empfänger im Gegensatz zum Mandatar, Socius etc. zu keiner Tätigkeit verpflichtet ist[3]). —

Der contractus aestimatorius ist somit im Normalfall nach römischem Recht von allen anderen Verträgen verschieden.

---

[1]) Brinz, S. 5; siehe auch Koch, S. 2; Cohn, S. 50; Arnold, S. 40.

[2]) Oben S. 52.

[3]) Dies heben auch die meisten Schriftsteller, die den Empfänger für nicht verpflichtet halten, hervor: Friedrichs, S. 21, 22; Hirschberg, S. 10, 12; Reinhold, S. 9, 10; Koch, S. 4, 6, 21.

b) Verpflichtungsfall.

Der contractus aestimatorius unterscheidet sich in dem besonderen Fall, daß der Empfänger zu Verkaufsbemühungen verpflichtet ist, als Ganzes ohne Weiteres durch diese Verpflichtung von allen Arten des Kaufvertrages.

Wegen des infolge des Selbsteintrittsrechts im contractus aestimatorius enthaltenen Kaufs lag jedoch für die Römer die Erwägung nahe, ob nicht eine actio emti venditi am Platze sei. Da jedoch der Auftraggeber häufig nicht weiß, ob der Empfänger sein Selbsteintrittsrecht ausgeübt oder die Sache verkauft hat, so mußte ihm, wie Bechmann erwähnt, eine besondere, in jedem Fall anwendbare actio gegeben werden [1]).

Wichtiger ist die Abgrenzung des „Verpflichtungsfalls" von der locatio conductio, dem mandatum, der Verkaufskommission und der societas, da bei diesen Verträgen auch eine Verpflichtung zur Entfaltung einer Tätigkeit besteht.

Chambon glaubt, daß die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher sich der Trödler unterzieht, vorzugsweise die römischen Juristen abhielt, das durch Übergabe einer res aestimata vendenda abgeschlossene Übereinkommen unter den Gesichtspunkt der Dienst- und Werk-Miete zu bringen [2]).

---

[1]) Bechmann II, S. 411. — Cf. oben S. 52.

[2]) Chambon, S. 99.

Mit Recht hat hingegen Brinz darauf hingewiesen, daß auch der Trödler für Lohn arbeite, doch sei sein Lohn im Gegensatz zu dem des Arbeiters und Unternehmers ungewiß, da er ihn ja nur erhalte, wenn ihm der Verkauf gelungen sei[1]).

Verschiedene Schriftsteller sprechen beim contractus aestimatorius anstatt von „Ungewißheit" von „Unbestimmtheit" des Lohns, von „pecunia incerta" oder gebrauchen auch beide Ausdrücke promiscue[2]).

Diese Worte besagen jedoch nicht dasselbe. Bekommt man pecunia incerta, so ist es gewiß, daß man etwas erhält, es ist nur unbestimmt, wie viel. Da nun nach gemeinem Recht richtiger Ansicht nach bei der locatio conductio eine pecunia incerta vorkommen kann[3]), so würde also hierin kein Unterschied zwischen contractus aestimatorius und locatio conductio mehr erblickt werden können. Man muß deshalb die „Ungewißheit" als Unterscheidungsmerkmal festhalten, da bei der locatio conductio auch nach gemeinem Recht Gewißheit des Lohnes vorausgesetzt ist.

Brinz hat nun behauptet, an der Ungewißheit des Lohns werde auch nichts geändert, wenn dem Empfänger eine feste merces vom Auftraggeber ver-

---

[1]) Brinz, S. 6. — Wenn Liebert (S. 25) meint, beim contractus aestimatorius handle es sich um eine „Gewinnchance", so sagt er dasselbe nur mit anderen Worten.

[2]) Cohn, S. 50; Koch, S. 3; Arnold, S. 40, 41; Schneemann, S. 34.

[3]) Baron, S. 536; Arndts, S. 614 (mit S. 591); cf. Dernburg, Pand. II § 94, S. 258; Crome, Part. Rechtsg., S. 163.

sprochen werde: Der Lohn im Ganzen bleibe deshalb doch ungewiß[1]).

Brinz begeht hier einen ähnlichen wie den eben erwähnten Fehler. Ist nämlich eine merces vereinbart, so besteht keine Ungewißheit mehr, ob der Empfänger etwas erhält, denn die fest bestimmte merces ist ihm ja auf jeden Fall gewiß. Ungewiß ist nur, ob er außer der merces noch etwas bekommt.

Es liegt aber auch nicht einmal eine pecunia incerta vor. Daß incertum plus certum = incertum macht, wie Cohn behauptet[2]), ist falsch. Das Additionsexempel muß vielmehr heißen: ungewiß + certum = certum. Koch weist auf die l. 7 § 2 D. de contr. emt. 18, 1 hin[3]): si quis ita emerit: est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero; valet venditio et statim impletur; habet enim certum pretium centum, augebitur antem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit. Das hier über den Kauf Gesagte läßt sich unbedenklich auch auf die locatio conductio anwenden.

Ist also eine merces vereinbart, so ist beim contractus aestimatorius gerade so wie bei der locatio conductio ein bestimmter Lohn vorhanden. Bezüglich des Lohns ist also dann kein Unterschied zwischen beiden Verträgen zu finden; er liegt aber darin, daß beim Trödelkontrakt außer der Verpflichtung, sich um

[1]) Brinz, S. 10.
[2]) Cohn, S. 50.
[3]) Koch, S. 4.

den Verkauf zu bemühen, eine bedingte alternative Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung besteht. Das gibt es bei der locatio conductio nicht.

Vom Mandat unterscheidet sich der contractus aestimatorius nach reinem römischen Recht vor Allem durch seine Entgeltlichkeit[1]).

Die Meinung von Friedrichs, daß der Satz, das Mandat sei unentgeltlich, nicht richtig sei[2]), hat nur für das gemeine Recht Gültigkeit, das auch ein entgeltliches Mandat kennt[3]).

Auch Baron übersieht, daß die Römer den Standpunkt vertraten: mandatum nisi gratuitum nullum est, wenn er meint, es wäre besser gewesen, den Vertrag als eine Unterart des mandatum mea et tua gratia zu erklären[4]).

Aber auch das entgeltliche Mandat unterscheidet sich in manchen Beziehungen vom contractus aestimatorius. Der Mandatar hat die Weisungen des Mandanten zu befolgen, hat ihm Auskunft über den Stand des Geschäfts zu erteilen; er muß Rechenschaft ablegen und Alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herausgeben, kurz, er führt das Geschäft auf fremde Rechnung, während der Empfänger beim con-

---

[1]) Brinz, S. 11; Cohn, S. 48; Schneemann, S. 31; Arnold, S. 43 44.

[2]) Friedrichs, S. 21.

[3]) Dernburg, Pand. II, § 115, S. 320.

[4]) Baron, S. 563. Auch Schaps, S. 9, hat diese irrige Auffassung.

tractus aestimatorius auf eigene Rechnung handelt und demnach nach erfolgtem Verkauf resp. Selbsteintritt lediglich die aestimatio zu entrichten hat[1]).

Der „Verpflichtungsfall" ist vor allem mit einer Abart des Mandats, der Verkaufskommission in Parallele gestellt[2]) und von Gengler sogar mit ihr indentifiziert worden[3]).

Die Ähnlichkeit besteht darin, daß auch bei der Verkaufskommission neben der Verpflichtung des Kommissionärs, die Ware zu verkaufen, ein Selbsteintrittsrecht desselben bestehen kann[4]). Wie ferner der Empfänger nur im Fall der Veräußerung der Sache eine Vergütung, nämlich den Mehrerlös, erhält, so bekommt auch der Kommissionär grundsätzlich nur dann eine Provision, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Der Kommissionär kann allerdings, sofern es ortsüblich ist, auch, wenn ihm der Verkauf nicht gelungen ist, eine sog. Auslieferungsprovision verlangen[5]). Auch in sofern stimmen diese Verträge überein, als der Empfänger und der Kommissionär beide im eigenen Namen handeln.

---

[1]) Liebert, S. 36/37; Cohn, S. 48/49; Schneemann, S. 30; Michaelis, S. 30131.

[2]) Siehe namentlich die Dissertationen von Hirschberg und Arnold.

[3]) Gengler I § 305, S. 468.

[4]) Altes H. G. B. art. 376, neues § 400.

[5]) Altes H. G. B. art. 371 Abs. 2, S. 2, neues § 396 Abs. 1, S. 2.

Der Hauptunterschied besteht darin, daß der Empfänger auf eigene Rechnung, der Kommissionär hingegen wie ein Mandatar auf fremde Rechnung handelt[1]). Dieser Unterschied wird abgeschwächt, wenn der Kommissionär del credere steht[2]), da er in diesem Fall wie der Empfänger das Risiko der Nichterfüllung seitens des Dritten trägt.

Es erübrigt noch ein Vergleich mit der societas. Der Streit darüber, ob der contractus aestimatorius die Gestalt einer societas annehmen könne, knüpft an folgende beiden Digestenstellen an:

l. 13 pr. D. de P. V. 19, 5: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit,

und l. 44 D. pro soc. 17, 2: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.

Friedrichs meint, daß sich diese Stellen direkt widersprechen[3]).

[1]) Hirschberg, S. 22 ff.; Arnold, S. 55 ff.

[2]) Altes H. G. B. art. 370, neues § 394.

[3]) Friedrichs, S. 22.

Liebert hingegen ist der Ansicht, daß sie sich mit einander vereinigen lassen[1]). Er übersetzt den Schluß der l. 13 pr. cit. in folgender Weise: „Eine Societät scheint nicht gewollt zu haben, wer Dich nicht als Socius bei dem Verkauf zugelassen, sondern sich nur einen festen Preis ausbedungen hat, d. h., wer Dich nicht als Socius anerkannt hat.“ l. 44 cit. andererseits interpretiert er dahin: „Wenn Ihr den Vertrag geschlossen habt mit der nachweisbaren, erkennbaren — stillschweigenden oder ausdrücklichen Absicht — ein Societätsverhältnis einzugehen, dann seid Ihr auch wirklich Socien geworden.“

Wenn der animus societatis contrahendae vorhanden ist, nimmt also Liebert an, so werde der contractus aestimatorius zur societas.

Dieses Resultat ist jedoch unhaltbar, weil die schon des öfteren erwähnte, dem contractus aestimatorius eigentümliche Alternative, wie Koch und Wohlfarth mit Recht hervorheben[2]), bei einer societas nicht möglich ist. Gibt der Empfänger, nachdem er sich vergebens um den Verkauf bemüht hat, die Sache nicht zurück, so muß der Auftraggeber alternativ auf Rückgabe der Sache oder Zahlung des Preises klagen, bringt hingegen der socius in solchem Fall die Sache nicht zurück, so geht die Klage nur auf Restitution der Sache.

---

[1]) Liebert, S. 47/48.

[2]) Koch, S. 20/21; Wohlfarth, S. 10; siehe auch Michaelis, S. 37.

Man muß sich deshalb der Ansicht von Koch und anderen Schriftstellern anschließen, daß die zitierten Digestenstellen gar nicht vom contractus aestimatorius handeln[1]). Man kann dies um so unbedenklicher tun, als in diesen Stellen die für den contractus aestimatorius essentielle Alternative: aut—aut fehlt. —

Auch der „Verpflichtungsfall" unterscheidet sich also von Verträgen ähnlicher Art und es ist damit die Probe auf das Exempel gemacht, daß der contractus aestimatorius nach römischem Recht wegen der eigens für ihn geschaffenen actio aestimatoria ein contractus sui generis ist.

4. Verhältnis zum Konditionsvertrag.

Der seit Alters über das Wesen des contractus aestimatorius herrschende Streit ist in neuerer Zeit auch über den buchhändlerischen Konditionsvertrag entbrannt.

Von einigen Juristen ist dieser Vertrag als Mandat[2]), Kommissionsgeschäft[3]) und bedingter Kauf[4]) aufgefaßt worden, doch geht die herrschende Ansicht heutzutage dahin, daß er ein durch Usanzen eigenartig gestalteter contractus aestimatorius ist[5]), da sich die einzelnen

[1]) Koch, S. 19; Cohn, S. 54; Glum, S. 64/65.

[2]) Philipps II, § 285, S. 620.

[3]) Gerber § 199 Note 10.

[4]) Schürmann, S. 165 ff.

[5]) Buhl, S. 180; Friedrichs, S. 34; Hirschberg, S. 80; Liebert, S. 3; Dernburg, Pand. II § 120, S. 331 Anm. 10; Windscheid-Kipp II § 383, S. 576 Anm. 14.

Begriffsmomente des contractus aestimatorius bei ihm nachweisen lassen.

a) Wie beim contractus aestimatorius dem Empfänger, so wird beim Konditionsvertrag dem Sortimenter eine Sache, nämlich ein Buch, hingegeben.

b) Es ist ferner unbestritten, daß bei Abschluß eines Konditionsvertrages stets die Festsetzung einer aestimatio erfolgt, die der Sortimenter, wenn er das Buch nicht remittiert, dem Verleger zu zahlen hat.

Die aestimatio pflegt in der Weise festgestellt zu werden, daß der Ladenpreis, zu dem der Sortimenter an das Publikum verkaufen soll, bestimmt wird und daneben ein Rabatt von regelmäßig 25 % [1]), der dem Sortimenter als Gewinn verbleibt. Die aestimatio besteht also in der Differenz von Ladenpreis und Rabatt.

c) Was die Rückgabe der Bücher und die Zahlung des Preises anlangt, so meint Weidling, bis zur Messe könne der Sortimenter remittieren und habe der Verleger keinerlei Anspruch an ihn; sobald jedoch diese Frist verflossen sei, könne der Sortimenter das nicht Remittierte nur noch zahlen, wie auch der Verleger nur noch auf Zahlung dringen könne. Es läge somit keine Alternativobligation vor und der Konditionsvertrag sei demnach kein contractus aestimatorius [2]). Diese Auffassung findet jedoch keine Stütze in der tatsächlich bestehenden Usance.

---

[1]) Buhl, S. 149.

[2]) Weidling, S. 131.

Buhl ist der Ansicht, nach Ablauf der Frist bestehe für den Sortimenter eine facultas alternativa, derart, daß die Preiszahlung in obligatione, die Sachrückgabe in solutione sei, während der Verleger nur auf Preiszahlung klagen könne [1]). Dies hindere jedoch nicht, den Konditionsvertrag als eine besondere Art von contractus aestimatorius anzusehen [2]).

Auch diese Ansicht ist unrichtig. Einmal gibt es keinen contractus aestimatorius mit einer facultas alternativa. Sodann aber liegt auch gar keine facultas alternativa beim Konditionsvertrage vor, sondern eine richtige Alternative.

§ 30 a der buchhändlerischen Verkehrsordnung besagt: „Der Verleger ist nicht verpflichtet, später (sc. nach der Messe) eintreffende Remittenden anzunehmen; er hat das Recht, deren sofortige Bezahlung vom Sortimenter zu fordern". Hieraus folgt, daß nach Ablauf der Frist nicht der Sortimenter eine facultas alternativa, sondern der Verleger ein Wahlrecht hat. Der Sortimenter „kann nunmehr", wie Cosack richtig ausführt, „vom Verleger gezwungen werden, das Buch, wenn es noch unverkauft ist, selber zu erwerben und dafür den Buchhändlerpreis aus eigener Tasche zu zahlen (V. O. § 30). Andrerseits kann der Verleger auch jetzt noch, wenn er will, auf Rückgabe des unverkauften Buches bestehen. Während also vor der Ostermesse der Sortimenter zwischen der Rückgabe des unverkauften Buchs und der Zahlung

[1]) Buhl, S. 155, 156.

[2]) Buhl, S. 179, 180; ebenso Friedrichs, S. 35.

des Buchhändlerpreises wählen konnte, steht nach der Ostermesse das gleiche Wahlrecht dem Verleger zu [1])".

Es handelt sich also auch beim Konditionsvertrage um eine Alternative, deren Eigentümlichkeit nur darin besteht, daß das Wahlrecht durch Verzug des Sortimenters auf den Verleger übergeht.

d) Aus denselben Gründen wie beim contractus aestimatorius besteht auch beim Konditionsvertrag in dubio keine Verpflichtung für den Sortimenter, sich um den Verkauf zu bemühen. So sagt Buhl: „Der Sortimenter hat, da er beim Verkauf der Bücher die meist beträchtliche Differenz zwischen dem Nettopreise und dem Ladenpreise gewinnt, selbst ein Interesse daran, dieselben abzusetzen; allein wenn ihn nicht dieses eigene Interesse zu einer Bemühung veranlaßt, so kann ihn der Verleger zu einer solchen auf Grund des Konditionsvertrages nicht anhalten [2])". Die buchhändlerische Verkehrsordnung enthält denn auch nichts von einer derartigen Verpflichtung.

Doch steht nichts im Wege, daß eine „Verpflichtung" durch besondere Vertragsabrede vereinbart wird. —

Sämtliche Voraussetzungen des contractus aestimatorius liegen somit auch beim Konditionsvertrage vor, so daß keine Bedenken entstehen, diesen Vertrag mit der herrschenden Lehre als einen contractus aestimatorius anzusehen.

---

[1]) Cosack, Handels-R. § 84, S. 383, 384.

[2]) Buhl, S. 165; siehe auch Weidling, S. 77, 78; Friedrichs, S. 13, 14; Cosack, Handels-R. § 84, S. 383.

B. Wesen und Konstruktion nach heutigem Recht.

1. Daß der contractus aestimatorius nach heutigem Recht ein besonderer Vertrag ist, wird allgemein zugegeben. Nur differieren die Ansichten darüber, welchem Vertrage er am ähnlichsten sei. Er wird als kaufartiges [1]) und der Miete nahestehendes Rechtsgeschäft [2]) aufgefaßt; er wird auch als der Verkaufskommission [3]) und dem Mäklervertrage [4]) verwandt angesehen; und die „Motive“ meinen, daß je nach den Umständen die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag zur Anwendung gelangen können [5]).

2. Auch nach heutigem Recht kann man den „Normalfall“ als Kombination zweier alternativ konkurrierender Rechtsgeschäfte, eines Kaufes und eines leiheartigen Vertrages auffassen.

Um das Wesen dieser die Geschäftsart betreffenden Alternative zu erkennen, muß wiederum von einer Betrachtung der Alternativobligation ausgegangen

---

[1]) Endemann I § 163, S. 1017, 1021.

[2]) Cosack, Bürgerl. R. I § 138, S. 491.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513; Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714.

[4]) Crome, Bürgerl. R II, 2 § 273, S. 714; Oertmann, S. 378.

[5]) Motive II, S. 517.

werden. Bezüglich der Wahlobligation des Bürgerlichen Gesetzbuches geht die Ansicht allgemein dahin, daß sie, wie die römische Alternativobligation von einer bedingten Obligation durchaus verschieden ist. „Die alternative (Wahl-) Obligation", sagt Dernburg, „ist eine Obligation mit mehreren Leistungen. Sie ist als solche nicht bedingt, läßt aber bezüglich des Gegenstandes einen Spielraum. Beide Leistungen sind — alternativ — Schuldgegenstand [1])". Ebenso meint Matthiass: „Alle wahlweise geschuldeten Leistungen sind mit der Begründung des Schuldverhältnisses geschuldet, fraglich ist nur, welcher Gegenstand geleistet wird. Das folgt aus § 263. Darin liegt der Unterschied von dem bedingten Schuldverhältnis [2])".

Wie bei der Wahlobligation aus einem Vertrage, so werden bei der die Geschäftsart betreffenden Alternative aus zwei Verträgen „mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist [3])". Darin besteht der einzige Unterschied zwischen den beiden Alternativen. Es ist deshalb, wie nach römischem Recht, der Schluß gerechtfertigt, daß die beim contractus aestimatorius vorliegenden alternativ konkurrierenden Rechtsgeschäfte mit einer Kombination zweier bedingter Verträge nichts zu tun haben. —

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 1 § 43, S. 97 sub 3).

[2]) Matthiass I, S. 333 (§ 74). — Siehe auch Crome, Bürgerl. R. II, 1 § 153, S. 89 ff.

[3]) B. G. B. § 262.

Ist der Empfänger zu Verkaufsbemühungen verpflichtet, so sind die alternativ konkurrierenden Rechtsgeschäfte bedingt, und es kommt eine Kombination eines Kaufs und eines mandatähnlichen Vertrages hinzu.

3. Es fragt sich nun, wodurch sich der contractus aestimatorius nach heutigem Recht von ähnlichen Verträgen unterscheidet.

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Kauf auf Probe als ein bedingtes Rechtsgeschäft normiert. Er kann suspensiv oder resolutiv bedingt sein. In dubio soll er gemäß § 495 B. G. B. als suspensiv bedingt gelten. Da andrerseits beim contractus aestimatorius eine Alternative vorliegt, so ist damit der Unterschied zwischen dem „Normalfall“ und dem Kauf auf Probe ohne weiteres gegeben. Er tritt am besten bei folgender Gegenüberstellung hervor:

Das Schweigen des Kaufliebhabers beim Kauf auf Probe gilt nach § 496 B. G. B. als Billigung des Kaufgegenstandes. Die Bedingung gilt also als erfüllt, so daß der Käufer nur den Kaufpreis bezahlen darf, der Verkäufer nur den Kaufpreis verlangen kann. Wie bei der Wahlobligation der Schuldner durch Verzug allein sein Wahlrecht noch nicht verliert[1]), so geht in analoger Weise beim contractus aestimatorius der Empfänger durch sein Schweigen d. h. durch die Nichtausübung seines Wahlrechts dieses Rechtes noch nicht verlustig. Er behält es vielmehr bis zur Zwangs-

[1]) Siehe § 264 B. G. B.

vollstreckung[1]). Der Auftraggeber muß deshalb alternativ klagen und kann erst die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die Sache oder die aestimatio richten. Solange er aber die gewählte Leistung nicht empfangen hat, behält der Empfänger selbst noch in diesem Stadium des Verfahrens sein Wahlrecht[1]).

Wenn Cosack die Auffassung vertritt, der contractus aestimatorius stehe der Miete nahe, denn die eine Partei überlasse der Gegenpartei eine Sache zwar nicht zum Gebrauch, aber zum Feilhalten[2]), so ist dieser Vergleich mit Rücksicht darauf, daß im contractus aestimatorius, wenn auch nicht ein miete-, so doch ein leihe-artiges Rechtsgeschäft enthalten ist, gerechtfertigt.

Von der Miete wie von den Arbeitsverträgen nnd der Gesellschaft unterscheidet sich der „Normalfall" des contractus aestimatorius, wie nach römischem Recht, einfach durch das Fehlen einer Verpflichtung zur Entfaltung einer Tätigkeit. Es ist deshalb wichtiger, den „Verpflichtungsfall" mit jenen Verträgen zu vergleichen. —

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unterscheidet sich der „Verpflichtungsfall", sofern keine merces vereinbart ist, vom Dienst- und Werkvertrage dadurch, daß der Lohn des Trödlers ungewiß ist[3]). Der contractus aestimatorius hat in dieser Beziehung Ähnlichkeit mit dem Mäklervertrage, von dem Oert-

[1]) Siehe § 264 B. G. B.

[2]) Cosack, Bürgerl. R. I § 138, S. 491.

[3]) Cf. oben S. 60.

mann mit Recht sagt, daß seine Eigentümlichkeit gegenüber dem Werkvertrage wesentlich darin besteht, daß das Werk noch als ein unsicheres, nur möglicherweise herzustellendes angesehen wird, und daher sich der Auftraggeber nicht schlechthin zur Lohnzahlung verpflichtet [1]).

Im Übrigen unterscheidet sich der contractus aestimatorius, insbesondere, wenn dem Empfänger eine merces zugebilligt ist, vom Dienst- und Werkvertrage durch die ihm eigentümliche Alternative.

Nach heutigem Recht besteht der Hauptunterschied des contractus aestimatorius vom Auftrage darin, daß letzterer, wie nach reinem römischen Recht stets unentgeltlich ist. Außerdem ist der Auftrag in allen denjenigen Punkten abweichend normiert, welche den Begriff der „Geschäftsbesorgung" ausmachen.

Hierin liegt denn auch der wesentliche Unterschied von demjenigen Dienst- und Werkvertrage, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, da auf diesen gemäß § 675 B. G. B. jene Auftragsbestimmungen entsprechende Anwendung finden.

Dasselbe gilt für die Verkaufskommission, die als besondere Art des Werkvertrages, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, anzusehen ist [2]).

Daß der contractus aestimatorius mit dem Maklervertrage nahe verwandt ist, darauf deutet schon der äußere Umstand hin, daß die „Motive" ihn in einem

[1]) Oertmann, S. 378.

[2]) Cf. neues H. G. B. §§ 384, 385.

Anhange zu dem Titel: „Mäklervertrag“ hehandeln[1]). Die Ähnlichkeit besteht vor Allem darin, daß, wie erwähnt, auch für den Mäkler der Lohn ungewiß ist. Zudem ist auch beim Mäklervertrage controvers, ob er ein besonderer Vertrag ist, oder ob er sich unter einen der bekannten Vertragstypen subsumieren läßt. Planck und Oertmann nehmen an, daß er zwar mit Auftrag, Dienst- und Werkvertrag Ähnlichkeit habe, sich aber doch von ihnen unterscheide und demnach ein contractus sui generis sei[2]).

„Vom Mäklervertrag unterscheidet sich das Trödelgeschäft dadurch“, meint Crome, „daß der Trödler eine Rechtshandlung (im Gegensatz zu der rein tatsächlichen Handlung des Mäklers) vornehmen soll; er soll die zu vertrödelnde Sache verkaufen oder wenigstens als Selbstkäufer derselben eintreten[3])“. Die tatsächliche Handlung des Mäklers besteht darin, daß er die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachweist oder einen Vertrag vermittelt. Die Rechtshandlung des „Empfängers“ besteht darin, daß er einen Kauf abschließt, nnd zwar mit einem Dritten oder als Selbstkontrahent.

Was endlich den Unterschied des contractus aestimatorius von der Gesellschaft anlangt, so besteht derselbe, wie nach römischem Recht darin, daß für den Empfänger eine alternative Verpflichtung, für den

---

[1]) Cf. Motive II, S. 516 ff.

[2]) Planck II, S. 393; Oertmann, S. 378.

[3]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714.

Gesellschafter hingegen eine einfache Verpflichtung besteht. —

Der contractus aestimatorius hat also auch nach heutigem Recht mit manchen Verträgen Ähnlichkeit, ist jedoch, wie mit Recht allgemein angenommen wird, wie im römischen Recht als ein eigenartiger Vertrag anzusehen.

4. Da die Begriffsmomente des heutigen contractus aestimatorius und Konditionsvertrages dieselben sind wie nach römischem resp. gemeinem Recht, so ist der Konditionsvertrag auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches als ein besonderer Anwendungsfall des contractus aestimatorius anzusehen [1]).

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 515; Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714 Anm. 7; Cosack, Handels-R. § 84, S. 385.

IV. Vertragsabschluß.

Daraus, daß die actio aestimatoria, wie erwähnt[1]), eine actio praescriptis verbis ist, folgt ohne Weiteres, daß der contractus aestimatorius in Rom stets ein Realkontrakt war.

Über den contractus aestimatorius im gemeinen und heutigen Recht gehen die diesbezüglichen Meinungen auseinander.

Liebert glaubt, man werde ein pactum ohne Hingabe der Sache nicht für den Trödelvertrag selbst, sondern nur für einen Vorvertrag ansehen können[2]). Es steht aber nichts im Wege, Vorvertrag und Realtrödelvertrag zu einem einheitlichen Konsensualkontrakt zu verschmelzen und diesen als contractus aestimatorius zu bezeichnen. Richtiger Ansicht nach kommt deshalb der contractus aestimatorius im gemeinen und heutigen Recht nicht nur als Real-, sondern auch als Konsensualvertrag vor[3]), und zwar ist Letzteres mindestens

[1]) Oben S. 41.

[2]) Liebert, S. 23; ebenso Koch, S. 22 ff.

[3]) Bechmann, S. 412; Cohn, S. 67; Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 715 Anm. 9; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513.

ebenso häufig der Fall [1]). So wird er im Handel mit Uhren, Gold- und Siberwaren und Kunstgegenständen, sowie im Buchhandel fast ausschließlich consensu abgeschlossen.

1. Vielfach stehen die Händler zu ihren Lieferanten in dauernder Geschäftsbeziehung und haben sich generell zum Empfang von Waren, insbesondere Neuigkeiten bereit erklärt. Dies gilt insbesondere im Handel mit den der Mode unterliegenden Luxusartikeln, sowie im Buchhandel. Die Verlagsbuchhändler dürfen sämtliche Neuigkeiten unverlangt denjenigen Sortimentern zusenden, welche derartige Sendungen allgemein annehmen und bei denen dieser Umstand in dem vom Börsenverein der deutschen Buchhändler herausgegebenen Adreßbuch kenntlich gemacht ist, sowie solchen Sortimentern, die unverlangte Zusendung von Neuigkeiten ausdrücklich erbeten haben [2]).

Es handelt sich also in solchen Fällen um eine generelle Offerte des Händlers, an die er gebunden ist. Indem der Lieferant resp. Verleger diese Offerte durch Absendung der Ware akzeptiert, kommt im einzelnen Fall ein Trödelvertrag als Konsensualvertrag zustande. Der Händler ist deshalb verpflichtet, die auf Grund dieses Vertrages bei ihm eintreffende Ware anzunehmen.

Abgesehen von diesen besonderen Verhältnissen bedarf es stets einer besonderen Bestellung d. h. also einer besonderen Offerte im einzelnen Fall. „Zusen-

[1]) Anders: Crome, Dernburg l. c. (vorige Anm.)

[2]) B. V. O. § 12b.

dungen von Verlagswerken, die nicht mehr Neuigkeiten sind, sog. Lagerartikel, dürfen überhaupt nur auf ausdrückliches Verlangen des Sortimenters erfolgen [1])".

Der Konsensualvertrag ist in dubio nach allgemeinen Rechtsregeln formlos. Bei manchen Arten des contractus aestimatorius sind jedoch schriftliche Verträge oder doch schriftliche Offerten üblich. So ist beim Konditionsgeschäft grundsätzlich schriftliche Bestellung erforderlich, und zwar durch Bestellformulare, Briefe oder Telegramme. Die einzelnen Firmen können aber für den Verkehr untereinander auch vereinbaren, daß mündliche Bestellungen unter Anwesenden oder durch Fernsprecher rechtsgültig sein sollen. [2]).

2. Als Realkontrakt wird der contractus aestimatorius heutzutage namentlich mit „Trödlern" — soweit mit ihnen überhaupt ein contractus aestimatorins eingegangen wird [3]), — sowie im Handel mit Droguen und Genußmitteln abgeschlossen. Die Fabrikanten pflegen nämlich Kistchen und Schachteln mit Seife, Schokolade etc. den Droguisten resp. Kolonialwarenhändlern unbestellt zu übersenden. Nimmt der Händler die Ware an, so kommt ein Realtrödelvertrag zustande. Nach einigen Wochen oder Monaten fordert der Fabrikant dann für die verkauften Sachen die aestimatio und läßt sich die unverkauften wieder zurückgeben.

---

[1]) B. V. O. § 12c.

[2]) B. V. O. § 7.

[3]) Oben S. 14.

Auch im Buchhandel kommt es vor, daß der Verleger dem Sortimenter unverlangt Bücher zuschickt. Nimmt dieser sie an, so kommt ein Konditionsvertrag als Realkontrakt zustande. Will er sie aber nicht annehmen, so muß er dies dem Verleger binnen vier Wochen nach Eingang anzeigen, widrigenfalls er die Gefahr des Verlustes und der Beschädigung, sowie sämtliche Kosten und Spesen tragen muß [1]).

[1]) B. V. O. § 12e.

V. Wirkungen.

A. Rechte und Pflichten der Parteien.

1. Regelmäßige.

Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß beim contractus aestimatorius der Empfänger auf eigene Rechnung handelt und infolgedessen an keine Anweisungen des Auftraggebers gebunden ist, keine Rechnung zu legen braucht, ein Recht auf den Mehrerlös hat und verpflichtet ist, die Unkosten zu tragen.

Hier ist deshalb nur noch auf die übrigen Rechte und Pflichten näher einzugehen.

a) Verpflichtung zur Sachübergabe.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Händler die Sache zu übergeben [1]). Hierfür stehen ihm alle Arten der Besitzübergabe zu Gebote. Wenn es nach gemeinem Rechte nicht ohne Zweifel ist, ob es genügt, daß die Ware zur Verfügung des Empfängers bei einem

[1]) Sofern der contractus aestimatorius als Konsensualkontrakt abgeschlossen wird.

Dritten deponiert wird[1]), so ist dies nach dem B. G. B. hinreichend, falls dem Empfänger der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird[2]).

Nach dem Vertragsabschluß liegt zunächst noch keine Veranlassung vor, den Auftraggeber für Mängel haftbar zu machen, weil es fraglich ist, ob der Empfänger die Sache nicht wieder zurückbringt. Die Mängelfrage wird erst aktuell, wenn sich entscheidet, daß der Empfänger die Sache behält resp. an einen Dritten verkauft.

Da im „Normalfall" von diesem Augenblick an der im contractus aestimatorius liegende Kaufvertrag seine Wirkungen zeigt, so sind bezüglich der Rechts- und Sachmängel die für den Kauf geltenden Vorschriften zur Anwendung zu bringen[3]).

Einen Rechtsmangel kann deshalb nach römischem Recht der Empfänger erst geltend machen, wenn die Sache ihm resp. dem Dritten, an den er sie veräußert hat, evinciert wird[4]). Nach dem B. G. B. kann er einen Anspruch auch schon erheben, wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt hat, oder wenn die Sache untergegangen ist[5]).

Bezüglich der Sachmängel finden die für den Kauf geltenden besonderen Vorschriften Anwendung, wonach

---

[1]) Friedrichs, S. 7, 8.

[2]) B. G. B. § 931.

[3]) Cf. Endemann I § 163, S. 1017.

[4]) Siehe Dernburg, Pand. II § 99, S. 270 ff.

[5]) B. G. B. § 440.

der Käufer bei gewissen Fehlern der Sache und Fehlen von Eigenschaften Minderung oder Wandelung, unter Umständen auch Schadensersatz verlangen kann[1]). Doch geht es zu weit, mit Arnold[2]) auch die für den Handelskauf bestehenden Normen zur Anwendung zu bringen, also z. B. für den Empfänger die Verpflichtung zu statuieren, dem Auftraggeber sofort Nachricht zu geben, wenn er einen Mangel bemerkt hat[3]).

Die buchhändlerische Verkehrsordnung bestimmt, daß der Verleger verpflichtet ist, von bestellten Werken die neuesten Auflagen in unbeschädigten und vollständigen Exemplaren zu liefern[4]). Abweichend von den Kaufregeln kann und muß der Sortimenter zunächst die Beseitigung eines Fehlers verlangen. „Stellt sich nämlich heraus, daß ein vom Verleger geliefertes Werk defekt ist, so ist der Verleger innerhalb zweier Jahre nach dem Bezug verpflichtet, sofort nach Empfang der bezüglichen Mitteilung den Defekt (fehlende Bogen, Tafeln etc.) unentgeltlich nachzuliefern, oder das Exemplar umzutauschen.“[4]) Nur wenn der Verleger hierzu außer Stande ist, hat der Sortimenter einen Anspruch auf Wandelung, und zwar hat der Verleger das Buch, auch wenn es inzwischen bereits gebunden oder für das Einbinden vorbereitet worden war, zurückzunehmen. Zum

[1]) Dernburg, Pand. II §§ 100, 101, S. 276 ff.; B. G. B. § 459 ff.

[2]) Arnold, S. 15.

[3]) Altes H. G. B. art. 347; neues § 377.

[4]) B. V. O. § 16.

Ersatz des dem Sortimenter entgangenen Gewinns ist er dagegen nicht verpflichtet[1]).

Auch beim Konditionsvertrage findet die Vorschrift für den Handelskauf, daß der Käufer zu sofortiger Prüfung und Anzeige eines Mangels verpflichtet ist, grundsätzlich keine Anwendung. Nur wenn sich auf der Faktur die handschriftliche Bemerkung: „vor Absendung kollationiert" befindet, ist der Empfänger hierzu verpflichtet, widrigenfalls er das Recht verliert, das gelieferte Werk wegen später entdeckter Defekte zu beanstanden[2]). —

Da im „Verpflichtungsfalle", wie oben ausgeführt ist[3]) eine Kombination eines Kaufes und eines mandatähnlichen Vertrages vorliegt, so haftet hier der Auftraggeber, wenn der Kauf in Wirkung tritt, d. h. wenn der Empfänger von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht, für Rechts- und Sachmängel wie ein Verkäufer.

Bemüht sich hingegen der Empfänger auf Grund des mandatähnlichen Vertrages, die Sache zu verkaufen, und gelingt ihm der Verkauf, so kann er, wenn sein Käufer ihn wegen eines Rechts- oder Sachmangels in Anspruch nimmt[4]), der bereits zur Zeit der Übergabe der Sache

---

[1]) B. V. O. § 14a.

[2]) B. V. O. § 14b.

[3]) Oben S. 51, 72.

[4]) Der Empfänger haftet dem Käufer, weil er die Sache im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verkauft (siehe oben S. 64).

vom Auftraggeber an den Empfänger vorhanden war, seinerseits gegen den Auftraggeber nach allgemeiner Regel nur wegen Vorsatz und Fahrlässigkeit desselben [1]) Regreß nehmen.

b) Verpflichtung zur Preiszahlung.

Die eine Alternative der Verpflichtung des Empfängers geht auf Preiszahlung.

In der Regel wird die aestimatio durch Leistung in natura beglichen. Es ist aber auch eine datio in solutum möglich[2]). Ferner kommt es vor, daß der Händler mit einer ihm gegen den Auftraggeber zustehenden Gegenforderung aufrechnet oder daß zwischen den Parteien ein Kontokurrentverhältnis besteht[3]). Ein solches Verhältnis bildet sogar heutzutage die Regel im größeren Verkehr zwischen Lieferanten und Händler.

Der Verleger liefert dem Sortimenter das Konditionsgut in offener Rechnung[4]). Alsbald nach der Buchhändlermesse hat der Verleger dem Sortimenter einen summarischen Rechnungsabschluß über den Stand des vorjährigen Kontos zu übersenden, den der Sortimenter unverzüglich prüfen muß[5]).

Die aestimatio kann niemals, wie Reinhold glaubt[6]), gleich beim Vertragsabschluß geleistet werden,

---

[1]) Siehe B. G. B. § 276.

[2]) Hirschberg, S. 40.

[3]) Hirschberg, S. 40; Friedrichs, S. 6, 7.

[4]) Cf. B. V. O. § 24 a.

[5]) Siehe B. V. O. § 24 c.

[6]) Reinhold, S. 29.

weil dann keine alternative Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung besteht. Diese Alternative ist aber, wie oben ausgeführt[1]), für den contractus aestimatorius essentiell. Fällt sie fort, so liegt einfach ein Kauf vor[2]).

Immerhin kann es vorkommen, daß sofert beim Vertragsabschluß vom Empfänger eine Leistung gemacht wird. Diese ist aber nicht als aestimatio, sondern als eine Kaution oder ein Vorschuß anzusehen[3]), die mit dem contractus aestimatorius an sich nichts zu tun haben, sondern auf Grund eines besonderen Nebenvertrages geschuldet werden, der auch bei anderen Verträgen abgeschlossen werden kann. Zahlt in solchen Fällen der Empfänger nachher die aestimatio, so wird jene Leistung darauf angerechnet. Gibt er hingegen die Sache zurück, so hat er einen Anspruch auf Rückzahlung der Kaution resp. des Vorschusses. Eine Kaution pflegt in praxi namentlich von den „Trödlern“ verlangt zu werden, weil der Auftraggeber bei deren zweifelhafter Kreditwürdigkeit ein zu großes Risiko läuft, wenn er ihnen ohne Weiteres die Sache anvertraut.

c) Verpflichtung zur Sachrückgabe.

Zahlt der Empfänger die aestimatio nicht, so ist er verpflichtet, die Sache zurückzugeben.

[1]) Oben S. 20 ff., 38.

[2]) Chambon, S. 96.

[3]) Chambon, S. 96; Friedrichs, S. 7; Hirschberg, S. 39/40.

Friedrichs behauptet, es könne anstatt der vom Auftraggeber gegebenen Sache mit Einwilligung desselben auch eine andere Sache vom Empfänger restituiert werden [1]). Das ist jedoch mit dem Begriff des contractus aestmatorius nicht vereinbar. Man wird das ebensowenig für zulässig erachten können, wie bei der Miete und Leihe. Hingegen steht nichts im Wege, daß der Empfänger die Ware dem Auftraggeber zur Verfügung stellt, um sie sofort weiter belassen zu erhalten. Auch ist es zulässig, daß der Empfänger einen Teil der Sachen behält, und den anderen Teil zurückschickt [2]). Gerade dieser Fall kommt praktisch häufig vor.

Der Empfänger ist verpflichtet, rem incorruptam reddere. Diese Worte darf man jedoch nicht so eng fassen, wie Arnold, daß der Empfänger die Sache genau in demselben Zustande abliefern müsse, in welchem er sie empfangen hat [3]). Man wird vielmehr den für die Leihe und Miete geltenden Grundsatz, daß der Leiher resp. Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen resp. gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat [4]), auf den contractus aestimatorius analog anwenden müssen. Der Empfänger hat die Sache freilich nicht zum Gebrauch [5]). Es liegt

[1]) Friedrichs, S. 8.
[2]) Friedrichs, S. 8.
[3]) Arnold, S. 15.
[4]) B. G. B. §§ 548, 602.
[5]) Unten S. 89/90.

aber in der Natur des durch den contractus aestimatorius begründeten Rechtsverhältnisses, daß der Empfänger die Sache zum Feilhalten benutzt. Er legt die Sache z. B. im Laden aus, wobei sie unvermeidlich durch Staub u. dergl. leidet. So muß sich der Verleger z. B. auch gefallen lassen, daß der Sortimenter einige Bogen aufschneidet [1]).

In wieweit der Empfänger Verlust oder Beschädigung der Sache zu vertreten hat, wird in Anbetracht der im römischen Recht hierüber bestehenden berühmten Kontroverse in einem besonderen Abschnitt erörtert werden [2]).

Hat der Empfänger die Mängel oder den Untergang der Sache zu vertreten, so ist er nach allgemeinen Grundsätzen zur Beseitigung der Mängel resp. zu Schadensersatz verpflichtet.

Schärfer sind die Bestimmungen beim Konditionsgeschäft. Tragen die Bücher Spuren der Benutzung oder Beschädigung an sich, welche durch mangelnde Sorgfalt des Sortimenters entstanden sind, so ist der Verleger nicht verpflichtet, sich die Rücksendung gefallen zu lassen, es sei denn, daß die Beseitigung der Mängel möglich ist und der Sortimenter sich bereit erklärt, die Kosten hierfür zu tragen [3]).

---

[1]) Cosack, Handels-R. § 84. S, 384.

[2]) Unten S. 112 ff.

[3]) B. V. O. § 33 a, b,

d) Verfügungsrecht.

Wie oben erörtert ist, steht dem Empfänger neben dem Veräußerungsrecht auch das Selbsteintrittsrecht zu [1]). Es ist nun besonders hervorzuheben, daß das Verfügungsrecht des Empfängers hinsichtlich der Sache auch nur in diesen beiden Rechten besteht. Mit Unrecht stellen einige Schriftsteller schlechtweg den Satz auf, der Empfänger könne über die Sache verfügen. So behauptet Crome, dem Trödler werde die Befugnis gegeben, über die Sache zu verfügen, insbesondere sie zu verkaufen [2]), und ebenso erklärt Endemann, zum Verkauf und zur Verfügung über die Ware sei der Empfänger kraft des Trödelvertrages ermächtigt [3]).

Eine allgemeine Verfügungsbefugnis hat der Empfänger nur für den Fall, daß der Auftraggeber sein Geld bekommt. Dann ist es diesem nämlich gleichgültig, was mit der Sache geschieht, ob der Empfänger sie verkauft oder anderweitig über sie verfügt [4]). Übrigens lassen sich alle übrigen Verfügungen als Folge der Ausübung des Selbsteintrittsrecht auffassen [5]). Durch den Selbsteintritt erwirbt der Empfänger die Sache für sich, kann dann also als Eigentümer beliebig über sie verfügen, sie verschenken, vermieten, vernichten usw.

---

[1]) Oben S. 26.

[2]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 715.

[3]) Endemann I § 163, S. 1021.

[4]) Reinhold, S. 6; Hirschberg, S. 11.

[5]) Friedrichs, S. 10, 11.

Bringt der Empfänger hingegen die Sache wieder zurück, so hat der Auftraggeber ein großes Interesse daran, was mit der Sache geschehen ist. Er will die Sache in möglichst gutem Zustande zurück bekommen und braucht nicht zu dulden, daß der Empfänger die Sache vor der Rückgabe zu seinem Vorteil ausnutzt. Der Empfänger darf also die Sache, solange er sie noch nicht an einen Dritten verkauft oder selbst gekauft hat, ebenso wenig wie nach heutigem Recht ein Mieter oder Leiher[1]) vermieten oder verleihen oder sonst über sie verfügen. Mit Recht sagt deshalb Cosack: „Der Trödler darf die Sache unentgeltlich veräußern, vor allem verkaufen . . . Sonstige Verfügungen über die Sache (Verschenken, Vermieten u. dgl.) sind dem Trödler nicht gestattet; auch darf er die Sache nicht gebrauchen oder verbrauchen[2])". Der Empfänger darf nur das tun, was zur Herbeiführung eines Kaufs nötig ist, also z. B. die Sache feilhalten. Nur muß hinzugefügt werden, daß der Trödler auch ein Selbsteintrittsrecht hat, nach dessen Ausübung er dann, wie gesagt, zu Verfügungen jeder Art berechtigt ist.

Wenn somit die buchhändlerische Verkehrsordnung bestimmt: „Der Sortimenter hat über das Konditionsgut, das er im Laufe des Jahres erhalten hat, das Verfügungsrecht . . .[3])", so sind diese Worte restriktiv dahin zu interpretieren, daß er ein freies Verfügungsrecht nur hat, wenn er den Nettopreis bezahlt. —

[1]) B. G. B. §§ 549, 603.

[2]) Cosack, Bürgerl. R. I, S. 492, § 138.

[3]) B. V. O. § 11b.

In der Regel vereinbaren die Parteien eine Frist, binnen derer dem Empfänger das Verfügungsrecht in dem erwähnten Umfang zusteht und nach deren Ablauf die alternative Verpflichtung zur Preiszahlung oder Sachrückgabe erst fällig wird.

Vielfach ist es üblich, daß das Verfügungsrecht dem Empfänger bis zum Schluß des Geschäftsjahres eingeräumt wird. Im Kunsthandel pflegen Bilder häufig auf 14 Tage oder einen Monat überlassen zu werden. Beim Konditionsvertrage hat der Sortimenter über das im Laufe des Kalenderjahres erhaltene Konditionsgut das Verfügungsrecht bis zu der dem Lieferungsjahre folgenden Buchhändlermesse [1]), die alljährlich in Leipzig in der mit dem Sonntag Kantate beginnenden Woche stattfindet [2]). Und zwar hat die Rücksendung des Konditionsgutes so frühzeitig zu geschehen, daß die Remittenden spätestens am Sonnabend nach Kantate beim Verleger oder dessen Kommissionär eintreffen [3]).

Läßt der Empfänger die Frist unbenutzt verstreichen, so kommt er mit der Leistung in Verzug. Der Verzug bewirkt aber, wie bereits erwähnt [4]), noch nicht den Verlust des Wahlrechts für den Empfänger [5]). Doch können die Parteien vereinbaren, daß nach Ab-

[1]) B. V. O. § 11b. — Siehe auch dortselbst die Ausnahmen.
[2]) B. V. O. § 26.
[3]) B. V. O. § 30.
[4]) Oben S. 55.
[5]) Dies ist der bei Hirschberg, S. 40 erwähnte 1. Fall.

lauf der Zeit das Wahlrecht auf den Auftraggeber übergehen soll [1]). Daß eine Frist mit dieser Wirkung beim Konditionsvertrage usuell ist, ist bereits hervorgehoben worden [2]). Hirschberg meint sogar, es könne auch vereinbart werden, daß nach Ablauf der Frist die Verpflichtung des Empfängers auf die Preiszahlung konzentriert sein solle und der Auftraggeber nur den Preis beanspruchen könne [3]). Das Stillschweigen würde dann also als Erklärung, den Preis zahlen zu wollen, aufzufassen sein. Eine solche Vereinbarung ist zwar zulässig, doch wird dadurch das Wesen des Vertrages verändert. Für den contractus aestimatorius ist die Alternativität der Verpflichtung essentiell. Diese wird aber durch solche Vereinbarung beseitigt, da es eine alternative Verpflichtung, die nach dem Verzuge des Schuldners zu bestehen aufhört, nicht gibt. Es liegt dann eine Bedingung vor und es handelt sich nicht mehr um einen contractus aestimatorius, sondern um einen Kauf auf Probe.

Ist eine Frist nicht besonders vereinbart, so entspricht es der Billigkeit, daß der Auftraggeber dem Empfänger eine angemessene Frist gewährt, binnen welcher er sich um den Verkauf bemühen kann, da der Empfänger auf eigene Rechnung handelt, also die Unkosten zu tragen hat, und, falls er die Sache zurückbringt, keine Vergütung erhält. „Die Forderung des

[1]) Dies ist der bei Hirschberg, S. 41 erwähnte 3. Fall.

[2]) Oben S. 68/69.

[3]) Dies ist der bei Hirschberg, S. 40 erwähnte 2. Fall.

Gebers", bemerkt Hirschberg, „wird nicht gleich nach der Übergabe der Sache fällig, sondern nach der Natur des Vertrages ist dem Trödler eine nach Billigkeit zu bemessende Frist zu belassen [1]). Und ebenso erklärt Arnold: „Der Hingeber ist verpflichtet, dem Trödler die genügende Zeit zum Verkauf der Sache zu lassen. In dubio würde diese Frist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein. Auf jeden Fall wäre es chikanös, wenn der Hingeber den Trödler so drängen würde, daß er nur mit Verlust die Sache verkaufen könnte [2])".

Hat der Auftraggeber dem Empfänger eine angemessene Frist gewährt, so kann er ihm kündigen, und zwar unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist. „Es versteht sich nach den Zwecken des Geschäfts von selbst", sagt Dernburg, „daß der Auftraggeber dem Trödler, welcher weder in angemessener Zeit den Preis zahlt, noch die Sache zurückgibt, eine feste Frist stellen darf, nach deren vergeblichem Ablauf ihm die zu vertrödelnde Sache zurückzugewähren" resp. der Preis zu zahlen ist [3]). Die Verhältnisse liegen hier also ähnlich wie beim Kauf auf Probe [4]).

Solange die vereinbarte oder angemessene Frist läuft, kann der Auftraggeber weder die Sache noch die

---

[1]) Hirschberg, S. 40.

[2]) Arnold, S. 12, 13.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 512; siehe auch Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 715.

[4]) B. G. B. § 496.

aestimatio verlangen. Er hat kein Kündigungsrecht[1]) oder beliebiges Widerrufsrecht, wie es der Mandatar hat. Nach Analogie der Miete wird man ihm jedoch ein Kündigungsrecht gewähren müssen, wenn der Empfänger ungeachtet einer Abmahnung des Auftraggebers vertragswidrig die Sache gebraucht oder sie erheblich gefährdet[2]), es sei denn, daß der Empfänger erklärt, die Sache behalten zu wollen. Auch empfiehlt es sich, im Fall des Todes des Empfängers dem Auftraggeber, wie nach heutigem Recht einem Verleiher ein Kündigungsrecht zu geben[3]).

Beim Konditionsgeschäft gibt es noch einige besondere Ausnahmefälle, z. B. ein ganz generelles Kündigungsrecht, wenn der Sortimenter in der Buchhändlermesse seine Verpflichtungen gegen den Verleger nicht erfüllt hat[4]).

2. Besondere Rechte und Pflichten.

a) Verpflichtung zu Verkaufsbemühungen.

Der Empfänger kann, wie oben ausgeführt ist[5]), durch besondere Nebenabrede zu Verkaufsbemühungen verpflichtet sein. Die Tätigkeit, die er dann zu entwickeln hat, kann sehr verschieden sein. Vielfach

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513, sub c.
[2]) Windscheid-Kipp II § 402, S. 709; B. G. B. § 553.
[3]) B. G. B. § 605 Ziff. 3.
[4]) B. V. O. § 28b; siehe auch § 33c und d.
[5]) Oben S. 34 ff., 38.

wird im Vertrage ausdrücklich bestimmt, worin dieselbe bestehen soll. So kann der Empfänger, wie Friedrichs erwähnt, verpflichtet sein, bestimmte Dörfer oder Stadtteile zu durchlaufen oder Preislisten an bestimmte Personen oder Personenklassen zu versenden[1]). Haben die Parteien über Art und Umfang der Tätigkeit nichts vereinbart, so muß sich der Empfänger in orts- und geschäftsüblicher Weise um den Verkauf bemühen: die Ware feilhalten, im Laden, auslegen, Reklame machen etc.

Kommt der Empfänger dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Auftraggeber auf Vornahme von Verkaufsbemühungen resp. auf Schadensersatz klagen, sofern er den oft schwierigen Nachweis der Untätigkeit des Empfängers und eines entstandenen Schadens zu erbringen im stande ist. Crome weist darauf hin, daß der contractus aestimatorius in dieser Beziehung Ähnlichkeit mit dem Mäklervertrag hat[2]). Vom Mäkler sagt Crome an anderer Stelle, daß eine Klage gegen ihn auf Vornahme der zugesagten Dienste regelmäßig nicht von Erfolg begleitet ist, weil sie sich meistens nicht substantiieren lasse. Er meint, es sei deshalb heutzutage dem Auftraggeber zu raten, von dem im § 283 B. G. B. bezeichneten Wege Gebrauch zu machen und eventuell Schadensersatz zu verlangen[3]). Das kann man auch auf den Trödler anwenden. —

---

[1]) Friedrichs, S. 17.

[2]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 714 Anm. 6.

[3]) Crome, Part. Rechtsg., S. 418, 419.

Auch in dem „Normalfall", wo der Empfänger zu keiner Tätigkeit hinsichtlich des Verkaufs verpflichtet ist, erwächst dem Auftraggeber gegen den Empfänger ein Klagrecht, wenn dieser sich in der Absicht, den Auftraggeber zu schädigen, untätig verhält. So kann es vorkommen, daß der Empfänger von vornherein die res nur annahm in der bestimmten Absicht, sie nicht zu verkaufen, beispielsweise, wenn er selbst schon ähnliche Sachen besaß und nur die Konkurrenz aus dem Wege räumen wollte[1]). Das Verhalten des Empfängers ist in solchen Fällen als unerlaubte Handlung anzusehen, so daß mit der actio doli resp. aus § 826 B. G. B. geklagt werden kann. Der Beweis der Untätigkeit wird freilich auch hier häufig kaum zu erbringen sein [1]).

Auch wenn der Empfänger seines eigenen Vorteils wegen, etwa um eigene Ware abzusetzen, einem Kauflustigen vom Kauf abrät, handelt er dolos. Doch kann der Ansicht Dernburgs, es läge darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben, welcher den Empfänger nach § 242 B. G. B. dem Auftraggeber verantwortlich mache[2]), nicht beigepflichtet werden. Nach § 242 B. G. B. ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die vom Empfänger zu bewirkende Leistung besteht aber nur in der Sachübergabe resp. Preiszahlung, nicht im Verkauf oder in irgend einer Tätigkeit hinsichtlich des Verkaufs. Es

[1]) Liebert, S. 29.
[2]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513 sub 3 a.

handelt sich deshalb auch hier um ein außerkontraktliches Verschulden, um eine unerlaubte Handlung.

So geht denn auch Buhl zu weit[1]), wenn er meint, man müsse dem Verleger, da es sich beim Konditionsvertrag um ein bonae fidei negotium handele, das Recht einräumen, die à condition gegebenen Bücher auch vor Ablauf der usanzemäßigen Remissionszeit zurückzufordern, sobald der Sortimenter den Vertrieb derselben dolos vernachlässigt[2]). Die „Verkehrsordnung" erblickt hierin auch keinen Rückforderungsgrund. Doch steht auch dem Verleger ein Schadensersatzanspruch zu, wenn infolge der Nachlässigkeit des Sortimenters das Buch unverkauft geblieben ist.

b) Verpflichtung zur Einhaltung des Ladenpreises.

Bei Abschluß des contractus aestimatorius kann außer der aestimatio auch der Preis, zu dem der Empfänger die Sache an Dritte verkaufen soll, bestimmt werden. Er wird höher angesetzt als die aestimatio, damit dem Empfänger die Differenz als Mehrerlös verbleibt. Dieser sog. Ladenpreis kommt in praxi häufig vor. Es liegt nämlich im Interesse der Fabrikanten und Großhändler, daß die von Ihnen in den Handel gebrachten Waren von allen Detailisten zu einem ihrem Wert entsprechenden Preise verkauft

[1]) Buhl, S. 165.

[2]) Gegen Buhl auch: Friedrichs, S. 14; Weidling, S. 77.

werden, damit sie nicht durch Verschleudern unterm Preise beim Publikum in Mißkredit gebracht werden oder umgekehrt der Absatz durch Fordern eines zu hohen Preises erschwert wird.

Der Empfänger ist jedoch nach der Verkehrsauffassung nicht rechtlich verpflichtet, den Ladenpreis einzuhalten. Er wird dies nach Möglichkeit von selbst tun, da er durch Verkauf unterm Preise seinen Mehrerlös schmälert und auch an einer Abschreckung des Publikums durch zu hohe Preise kein Interesse hat. Friedrichs bemerkt mit Recht, der Geber sei gar nicht gewillt, den Empfänger in direkter Weise, etwa durch eine Klage auf Herausgabe des Zuvielerlöses oder durch Substanziierung einer Schadensersatzforderung zur Innehaltung der Abrede zu zwingen[1]). Sollten dem Auftraggeber aus dem Verhalten des Empfängers Nachteile erwachsen, so muß er sich damit begnügen, die Geschäftsbeziehungen mit ihm abzubrechen.

Beim Konditionsgeschäft wird stets der Ladenpreis, zu dem die Bücher an das Publikum verkauft werden sollen, festgesetzt[2]).

Zu der Frage, ob der Sortimenter verpflichtet ist, den Ladenpreis einzuhalten, äußert sich Buhl dahin: es sei allerdings eine besonders wertvolle Eigentümlichkeit des deutschen Buchhandels, daß zu dem vom Verleger bestimmten Ladenpreise die Bücher tatsächlich überall in Deutschland zu haben seien. Diese Gleichmäßigkeit der Bücherpreise erkläre sich jedoch

[1]) Friedrichs, S. 34.
[2]) Siehe oben S. 67.

durch die Organisation des deutschen Buchhandels und die Konkurrenz der Sortimenter untereinander ohne daß es der Annahme einer besonderen Verpflichtung auf der Seite des Sortimenters bedürfe[1]). Auch Weidling ist der Ansicht, daß sich eine Usanze, wonach der Sortimenter zur Einhaltung des Ladenpreises verpflichtet sei, nicht nachweisen lasse[2]).

Andrerseits ist jedoch vielfach die Auffassung vertreten, daß für den Sortimenter eine solche Verpflichtung bestehe[3]). In den Kreisen der Verleger ist begreiflicherweise von jeher das Bestreben dahin gegangen, eine solche Verpflichtung für den Sortimenter zu statuieren. In den letzten Dezennien ist diese Frage auch mehrfach in Konferenzen und Versammlungen der Fachleute auf die Tagesordnung gestellt worden[4]). Diese Bestrebungen haben dann dazu geführt, daß im Jahre 1887 der „feste Ladenpreis" und die „Beseitigung des Kundenrabatts" zunächst für die Mitglieder des „Börsenvereins" bindend eingeführt worden sind. Nach den Satzungen dieses Vereins ist nämlich jeder Sortimenter verpflichtet, jedes öffentliche Anerbieten von Rabatt an das Publikum in ziffermäßiger oder unbestimmter Form zu unterlassen, sowie bei Verkäufen an das Publikum die von den Verlegern festgesetzten Ladenpreise einzuhalten[5]).

---

[1]) Buhl, S. 165, 166.

[2]) Weidling, S. 68 ff.

[3]) Siehe die ausführliche Litteratur bei Weidling, S. 68, 69.

[4]) Weidling, S. 70.

[5]) Satzungen des Börsenvereins § 3 Ziff. 4 und 5.

§ 4 der „Verkehrsordnung“, wonach der Verleger den Preis bestimmt, zu dem seine Verlagsartikel an das Publikum verkauft werden dürfen, verweist ausdrücklich auf jene Satzungen, und die Einhaltung des Ladenpreises ist jetzt für den gesamten deutschen Buchhandel Usanze geworden.

Zu Verkaufsbemühungen ist der Sortimenter, wie oben ausgeführt, in dubio in keiner Weise verpflichtet. Es steht auch in seinem freien Belieben, ob er die Bücher verkaufen will oder nicht. Es ist also keine Pflichtwidrigkeit, wie Cosack betont, wenn der Sortimenter seinen Kunden den Ankauf des Buchs abrät, indem er etwa von zwei Konkurrenzwerken das eine den Kunden empfiehlt, vor dem anderen die Kunden warnt[1]).

Ist der Sortimenter aber bereit, das Buch zu verkaufen, so muß er es zu dem festgesetzten Ladenpreise fortgeben. Fordert er einen höheren Preis und bringt dadurch den Kaufliebhaber vom Kauf zurück, so ist er dem Verleger für den entgangenen Gewinn schadensersatzpflichtig. Bewilligt er einen Kundenrabatt und betreibt dadurch Bücherschleuderei, so kann er auf Grund besonderer Vereinbarung der Mitglieder des „Börsenvereins“ aus dem „Börsenverein“ resp. vom Verkehr mit den Vereinsmitgliedern ausgeschlossen werden[1]).

[1]) Cosack, Handels-R. § 84, S. 383.

c) Recht auf merces.

Nach l. 2 D. de aest. 19,3 kann beim contractus aestimatorius eine merces von den Parteien vereinbart werden.

Diese merces läßt sich zunächst als eine Provision auffassen, die dem Empfänger vom Auftraggeber gewährt wird. In der Regel erhält der Empfänger solche Provision ohne Rücksicht darauf, ob er die Sache behält oder zurückbringt. Mit Recht heben Friedrichs und Hirschberg hervor, daß diese Vereinbarung, jedoch nur Sinn hat, wenn der Empfänger zugleich verpflichtet wird, sich um den Verkauf zu bemühen[1]). Der Empfänger könnte sonst jederzeit die Sache zurückbringen und die merces verlangen, ohne eine Gegenleistung machen zu brauchen. Umgekehrt pflegt in den meisten Fällen, wo der Empfänger zur Entfaltung einer Tätigkeit verpflichtet ist, ihm als Äquivalent eine merces zugesagt zu werden.

Es ist aber auch möglich, daß dem Empfänger eine merces nur für den Fall versprochen wird, daß ihm der Verkauf gelingt. Friedrichs macht darauf aufmerksam, daß sich hierbei die merces lediglich als eine Minderung der aestimatio darstellt[2]). Wenn nämlich z. B. die aestimatio auf 100 festgesetzt und daneben vereinbart ist, daß der Empfänger, falls er die aestimatio bezahlt, 20 als merces erhalten soll, so

---

[1]) Friedrichs, S. 17; Hirschberg, S. 18, 54.

[2]) Friedrichs, S. 16, 17.

kommt das auf dasselbe hinaus, wie wenn einfach abgemacht wird, die aestimatio solle 80 betragen. Ein derartiges Versprechen einer merces ist also, wie Friedrichs bemerkt, an sich sinnlos[1]) und es ist deshalb durchaus irrig, wenn Koch meint, daß die merces stets nur in dieser Bedeutung vorkomme[2]).

Eine solche merces hat jedoch einen Sinn, wenn sie, wie dies nicht selten geschieht, mehreren Händlern als sog. „Prämie“ versprochen wird. So schließen bisweilen Fabrikanten mit einer größeren Zahl von Händlern über Waren, die beim Publikum eingeführt werden sollen, — wie etwa ein neues Seifenfabrikat, ein alkoholfreies Getränk u. dgl. — einen contractus aestimatorius ab mit der Nebenabrede, daß derjenige Händler, welcher zuerst 100 Stück von der Ware verkauft hat, eine „Prämie“ von 10 Mk. erhalten solle. Die merces soll in solchen Fällen den betreffenden Händlern als ganz besonderer Ansporn zum Verkauf der Ware dienen. —

Friedrichs ist der Ansicht, es könne auch umgekehrt die Zahlung einer merces seitens des Empfängers an den Auftraggeber vereinbart werden, und zwar entweder als Provision für die Gewährung der Gelegenheit, eventuell einen Verdienst zu machen, oder als Mietzins für die Überlassung der Ware[3]).

Die erstere Vereinbarung verändert den contractus aestimatorius nicht, wird aber praktisch kaum vor-

[1]) Friedrichs, S. 16, 17.

[2]) Koch, S. 5, 6.

[3]) Friedrichs, S. 17.

kommen. Soll hingegen die dem Auftraggeber zu gewährende merces als Mietzins angesehen werden, so muß auch folgerichtig dem Empfänger wie einem Mieter der Gebrauch der Sache überlassen werden: dann liegt aber kein einfacher contractus aestimatorius mehr vor, sondern eine Kombination eines contractus aestimatorius und eines Mietevertrages.

Dieser Fall kommt im modernen Kunsthandel vor. Die Kunstmaler pflegen mit den Inhabern sog. Kunstsalons in Verbindung zu stehen. Sie überlassen diesen ihre Bilder für eine bestimmte Zeit, etwa für einen Monat, für einen festen Preis zur Ausstellung und vereinbaren zugleich, daß nach Ablauf dieser Frist entweder die Bilder zurückgeschickt werden oder ein bestimmter Preis dafür bezahlt wird.

Die Überlassung der Bilder zur Ausstellung im Kunstsalon ist eine Miete. Der Maler erhält den festen Preis als Mietzins und der Inhaber des Kunstsalons zieht aus der Ausstellung der Bilder gegen Eintrittsgeld seinen Nutzen.

Die weitere Vereinbarung zeigt die Merkmale des contractus aestimatorius. Durch die Verbindung mit der Miete wird die Aussicht auf einen Verkauf erhöht, da die Ausstellung der Bilder das Publikum anlockt.

Übrigens ist es üblich, daß der Käufer die Tradition des Bildes erst nach Ablauf der Ausstellungszeit verlangen kann, damit der Inhaber des Kunstsalons das Bild als Mietobjekt erst vollkommen auszunutzen vermag.

B. Eigentumsübergang.

1. Nach römischem Recht ist es bestritten, wann beim contractus aestimatorius das Eigentum an der Sache vom Auftraggeber auf den Empfänger bezw. den Dritten, an den der Empfänger die Sache verkauft, übergeht.

Einige Schriftsteller sind der Meinung, daß die Eigentumsübertragung zugleich mit der Sachübergabe erfolgt, die meisten hingegen vertreten die Ansicht, daß das Eigentum erst in einem späteren Zeitpunkt übergeht.

Eine sofortige Eigentumsübertragung glauben mehrere ältere Schriftsteller aus der alternativen Verpflichtung des Empfängers zur Sachrückgabe oder Preiszahlung folgern zu können. Sie meinen nämlich, diese Alternativität mache eine Vindikation der hingegebenen Sache unmöglich, die Unzulässigkeit der Vindikation aber lasse auf einen Eigentumsübergang schließen [1]).

Dieser Schluß ist jedoch ungerechtfertigt, da auch in verschiedenen anderen Fällen, in welchen eine Sachübertragung stattfindet, wie z. B. bei Hingabe einer Sache zum Nießbrauch oder zum Pfande, die rei vindicatio während der Dauer des betreffenden Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist, ohne daß deswegen

[1]) z. B. Böhmer, § 36; Köchy, S. 171.

das Eigentum auf den Empfänger, wie z. B. den Nießbraucher oder Pfandgläubiger übergeht.

Von den neueren Juristen reden nur Puchta und Wendt dem sofortigen Eigentumsübergang das Wort. Sie nehmen an, daß der Empfänger die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Sache zu tragen habe, und folgern aus dieser Haftung des Empfängers für casus ohne weiteres, daß er Eigentümer der Sache werde [1]). Abgesehen davon, daß, wie sich unten zeigen wird [2]), nach herrschender Ansicht regelmäßig nicht den Empfänger, sondern den Auftraggeber die Gefahr trifft, erleidet jedoch die Parömie: casum sentit dominus zu viele Ausnahmen [3]), als daß man auf Grund derselben aus dem Umstande, daß Jemand die Gefahr einer Sache trägt, einen sicheren Schluß auf sein Eigentum an der Sache ziehen könnte.

Wendt verweist ferner auf die Quellen. Er meint, wenn l. 1 D. de aestimato 19,3 mit den Worten „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem" den Fall der Hingabe einer res aestimata vendenda mit dem Kaufe vergleiche, so wolle zwar in der Stelle nur auf die Ähnlichkeit zwischen Trödelvertrag und Kauf hingewiesen werden, indem „vendere" und „vendendum dare" immer noch zwei ganz verschiedene Dinge seien, aber der Anlaß zu einem solchen Vergleich sei doch

[1]) Puchta, § 313; Wendt, S. 397.

[2]) Unten S. 112 ff., insbesondere S. 114/115.

[3]) Dernburg, Pand. II § 44, S. 122 Anm. 3.

darin zu suchen, daß bei beiden Verträgen ein Eigentumsübergang stattfinde [1]).

Der Anlaß für den fraglichen Vergleich war jedoch für die Römer lediglich dadurch gegeben, daß im contractus aestimatorius eine emtio venditio enthalten ist. Es ist nämlich oben dargetan worden, daß der contractus aestimatorius ein Doppelgeschäft ist, und zwar eine Kombination eines Kaufes und eines leiheähnlichen Vertrages bezw. eines Kaufes und eines mandatähnlichen Vertrages [2]). Die Schlußfolgerung von Wendt ist schon aus dem Grunde unrichtig, weil man aus der Ähnlichkeit des contractus aestimatorius mit der Leihe und dem Mandat gerade das Gegenteil, nämlich daß das Eigentum nicht auf den Empfänger übergeht, beweisen könnte. Sie ist aber auch insofern verfehlt als nach römischem Recht beim Kauf das Eigentum an der Sache keineswegs stets sofort bei der Sachübergabe auf den Käufer übergeht, sondern nur dann, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditiert ist [3]). —

Außer Puchta und Wendt sind nun alle neueren Schriftsteller der Ansicht, daß in dubio das Eigentum zunächst dem „Auftraggeber" verbleibt.

Dernburg führt als Grund für diese Auffassung den Umstand an, daß dem Empfänger die Sache nur „vendenda" gegeben wird [4]). Auch Koch findet hierin

[1]) Wendt, S. 39 ff.

[2]) Oben S. 45, 51.

[3]) Dernburg, Pand. I § 215, S. 504.

[4]) Dernburg, Pand. II § 120, S. 330 Anm. 7.

einen Anhaltspunkt für die Beantwortung der „Eigentumsfrage“. Er hebt außerdem hervor, daß für einen sofortigen Eigentumsübergang auch gar kein Bedürfnis vorhanden sei, da der Verkauf der Sache sich in allen Fällen auch dann erreichen lasse, wenn der Empfänger nur Detentor werde. Wie der Mandatar an der ihm zum Verkauf übergebenen Sache kein Recht erwerbe, so werde auch der Trödler nur ein Detentor, welcher zum Verkaufe auf Grund des Trödelvertrages als ermächtigt gelte [1]).

Ähnliche Erwägungen werden von den übrigen Anhängern der hier fraglichen Auffassung angestellt [2]). Zieht man in Betracht, daß es sich beim contractus aestimatorius um eine Kombination eines Kaufs und eines leiheähnlichen bezw. mandatähnlichen Vertrages handelt, und daß es bei der Sachübergabe noch ungewiß ist, welches dieser Rechtsgeschäfte der Empfänger erfüllen wird, ob er die Sache behalten bezw. verkaufen und dafür den Preis bezahlen wird oder ob er die Sache zurückgeben wird, so kommt man allerdings zu dem Resultat, daß keine Veranlassung vorliegt, dem Empfänger sofort bei der Sachübergabe das Eigentum zu verschaffen. —

Mit Rücksicht auf die Befugnis des Empfängers, die Sache zu veräußern oder selbst zu behalten, liegt

[1]) Koch, S. 35.

[2]) Chambon, S. 79 ff.; Michaelis, S. 42, 43; Arnold, S. 20 ff.; Wohlfarth, S. 15; Cohn, S. 60; Liebert, S. 86.

jedoch in der Überlassung der Sache eine Traditionsvollmacht und Traditionsofferte, kraft derer der Eigentumsübergang auf einen Dritten oder den Empfänger selbst möglich ist. Die Frage, von welchem Zeitpunkt an diese Möglichkeit gegeben ist, wird von den hierfür allein in Betracht kommenden Schriftstellern, d. h. von denjenigen, welche die Ansicht, daß das Eigentum sofort übergeht, verwerfen, allgemein in folgender Weise beantwortet:

Behalte der Empfänger die Sache für sich, so gehe das Eigentum auf ihn über, sobald er die aestimatio bezahle. Nur wenn ihm der Preis kreditiert sei, gehe das Eigentum bereits mit der Erklärung, die Sache für sich behalten zu wollen, auf den Empfänger über.

Verkaufe der Empfänger aber die Sache, so gehe das Eigentum auf den Käufer über, sobald diesem die Sache übergeben werde [1]).

Da in dem Fall, daß der Empfänger die Sache selbst behält, ein Kaufvertrag vorliegt, so ist es richtig, die kaufrechtliche Regel zur Anwendung zu bringen, daß das Eigentum auf den Käufer nur übergeht, wenn der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert ist [2]).

Was die Kreditierung des Preises anlangt, so meint Brinz, das pretium sei immer kreditiert [3]).

---

[1]) Chambon, S. 80; Bechmann, S. 412, 413; Cohn, S. 60; Liebert, S. 78; Michaelis, S. 42, 43.

[2]) Dernburg, Pand. I § 215, S. 504.

[3]) Brinz, S. 35.

Bechmann, Chambon, Cohn sind anderer Ansicht[1]). Cohn sagt, man könne vielleicht so deduzieren: Ebenso wie der Trödler an den Dritten, den Käufer, das Eigentum überträgt, auch schon bevor er dem dominus die aestimatio gebracht hat: ebenso kann er den Kauf mit sich selbst abschließen; und er muß für diesen Fall das Eigentum in demselben Augenblick auf sich übertragen können, wie bei einem Verkauf an einen Anderen auf diesen. Danach brauchte der Trödler nur durch konkludente Handlungen zu erklären, daß er selbst eintreten wolle, und das Eigentum wäre auf ihn übergegangen.

Gegen diese Auffassung hat Cohn jedoch Bedenken. Er meint vor allem, der Trödler könne in diesem Fall, wenn er in schlechter Vermögenslage sei, den Auftraggeber leicht um sein Geld bringen. Cohn übersieht jedoch, daß diese Gefahr in noch höherem Grade vorliegt, wenn der Trödler das Eigentum auf einen Dritten überträgt. Einmal ist es nämlich fraglich, ob der Dritte, dem der Empfänger kreditiert hat, später solvent ist. Sodann aber kann der Auftraggeber, wenn der Dritte an den Empfänger zahlt, hier auch nicht verhindern, daß der Empfänger das Geld für sich verbraucht oder daß das Geld in die Konkursmasse des Empfängers fällt.

Wollte man also den Standpunkt von Cohn teilen, so müßte man dafür eintreten, daß auch auf den Dritten das Eigentum erst dann übergeht, wenn

---

[1]) Bechmann, S. 412 Anm. 4; Chambon, S. 80; Cohn, S. 60, 61.

der Empfänger dem Auftraggeber die aestimatio bezahlt hat. Diese Auffassung ist jedoch bisher von keiner Seite vertreten worden. Es würde dem Empfänger auch schwer werden, einen Käufer zu finden, wenn er diesem zumuten wollte, auf die Eigentumsübertragung zu warten, bis er, der Empfänger, dem Auftraggeber den Preis bezahlt hat.

Wird aber dem unbekannten Dritten das Eigentum verschafft, unabhängig davon, ob der Auftraggeber die aestimatio empfangen oder kreditiert hat, so ist nicht einzusehen, weshalb dies als Voraussetzung für den Eigentumsübergang auf den Empfänger verlangt werden soll. Es ist vielmehr anzunehmen, daß das Eigentum auf den Empfänger übergeht, sobald er erklärt, die Sache für sich behalten zu wollen; mit anderen Worten, daß ihm in dubio der Kaufpreis kreditiert ist.

Liebert billigt diese Ansicht nur, soweit das Gemeine Recht in Frage kommt. Er glaubt, daß es nach römischem Recht einer formellen Kreditierung bedürfe [1]). Mag dies auch prinzipiell der Fall sein, so darf doch angenommen werden, daß in der Eingehung eines contractus aestimatorius stillschweigend, als seinem Wesen entsprechend, eine solche Kreditierung enthalten ist.

2. Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche geht das Eigentum, wie allgemein zugegeben wird [2]),

[1]) Liebert, S. 79.

[2]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273, S. 715 sub 2; Endemann I § 163, S. 1021; Oertmann, S. 379; Cosack, Bürgerl. R. I § 138, S. 492.

nicht sofort bei der Sachübergabe, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt auf den Empfänger über. Und zwar erwirbt der Empfänger das Eigentum, da dasselbe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche beim Kauf ohne Rücksicht auf Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises auf den Käufer übergeht [1]), sobald er erklärt, die Sache für sich behalten zu wollen, mag ihm der Kaufpreis kreditiert sein oder nicht. „Das Eigentum verbleibt beim Auftraggeber", lehrt Dernburg, „solange der Trödler über die Sache nicht verfügt oder sie zu behalten erklärt hat. Verfällt er vorher in Konkurs, so kann daher der Auftraggeber die Sache vindizieren, es sei denn, daß die Gläubigerschaft in das Trödelgeschäft eintritt [2])".

3. In Übereinstimmung mit diesen für den contractus aestimatorius im Allgemeinen geltenden Grundsätzen bestimmt die buchhändlerische „Verkehrsordnung", daß das Konditionsgut Eigentum des Verlegers bleibt [3]), und zwar, wie Cosack richtig hervorhebt, so lange, bis der Sortimenter das Buch kraft des ihm erteilten Verkaufsauftrages selber einem Dritten übereignet oder kraft des ihm gemachten Verkaufsantrages selber fest übernimmt [4]).

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. III § 100, S. 281/282.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513 suc 4.

[3]) B. V. O. § 11 a.

[4]) Cosack, Handels-R. § 84, S. 384.

C. Gefahrtragung.

1. Im römischen Recht besteht eine berühmte Kontroverse darüber, wer beim contractus aestimatorius die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Sache zu tragen hat. Dieser Streit knüpft an folgende Digestenstellen an:

l. 1 § 1 D. de aest. 19,3: aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit,

und l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19,5: si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferes aut pretium eorum, deinde haec perierint aute venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes.

Einige Schriftsteller meinen, es handle sich hier um eine Antinomie [1]). Andere behaupten, daß nur scheinbar ein Widerspruch vorhanden sei; und zwar suchen einige Juristen darzulegen, daß es sich in den beiden Fragmenten um verschiedene Tatbestände handle, für die mit Recht eine verschiedene Beantwortung der

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 120, S. 330 Anm. 8; siehe auch Liebert, S. 106 ff.

Frage erfolgt sei [1]), ein andrer Teil hingegen vertritt die Ansicht, daß in beiden Stellen der gleiche Tatbestand vorliege und die in ihnen getroffenen Entscheidungen sich gütlich vereinigen ließen [2]).

Der letztgenannte Weg soll eingeschlagen und das Problem auf folgende Weise zu lösen versucht werden:

l. 17 § 1 cit. ist in der Weise zu interpretieren: Die Gefahr trifft denjenigen, der sich, als der am Geschäft zunächst Interessierte, bemüht, — qui rogat, — Jemanden zum Vertragsabschluss zu bewegen [3]). Ist der dominus (ego) der betreibende Teil, so trifft ihn die Gefahr, und umgekehrt. Finden sich jedoch ohne besondere Bemühungen von einer Seite zwei Interessenten zusammen, so trifft den dominus die Gefahr.

Mit dieser im 28. Buche seines Ediktskommentars gegebene Entscheidung lassen sich die von Ulpian im 32. Buche erwähnten Worte: aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit unschwer in Einklang bringen. Ulpian will nämlich damit sagen: „Die Gefahr trifft denjenigen, der die Initiative zu dem Geschäft ergriff — qui suscepit (sc. negotium) — der also den Entschluß faßte, einen contractus aestimatorius

---

[1]) Brinz, S. 42 ff.; Ihering, S. 388 ff.; Lipp, S 32; Cohn, S. 35; Glum, S. 73, 74.

[2]) Chambon, S. 88 ff., 92; siehe auch Liebert, S. 105.

[3]) Dernburg, Pand. II § 120, S. 331 Anm. 8 a. E.

einzugehen und sich deshalb bemühte, einen Kontrahenten zu finden. Das „suscipere“ entspricht hier also dem „rogare“ in l. 17 cit.

Als Ulpian die betreffende Stelle im 32. Buch seines Kommentars hinschrieb, hat er sich mit Rücksicht darauf, daß er die hier behandelte Frage einige Bücher vorher ausführlich beantwortet hat, damit begnügt, den Hauptpunkt der Entscheidung hervorzuheben, und unerwähnt gelassen, daß in dem seltenen Fall, daß beide Parteien sich ohne Weiteres zum Vertragsabschluß zusammengefunden haben, dem Auftraggeber die Gefahr trifft.

Was den Satz: „aut igitur ipsam rem etc.“ anlangt, so ist, wie bereits erwähnt[1]), anzunehmen, daß er an eine andere Stelle, etwa hinter die Worte: „quae in bonae fidei judiciis diximus“ gehört und von den Kompilatoren von seinem ursprünglichen Platz entfernt ist.

So verschieden auch die Auslegungsversuche sind, im Resultat folgt man fast allgemein der in l. 17 cit. gegebenen Entscheidung. Da nun in der Regel der Auftraggeber nach Abnehmern für seine Ware sucht, die Fälle, daß der Trödler den Auftraggeber um Sachen bittet oder beide Parteien sich ohne besondere Bemühungen von einer Seite zusammenfinden, hingegen seltener sind, so rechtfertigt sich die Bemerkung von Glum: „Es möchte sich vielleicht durch die fast vollständige Übereinstimmung der Schriftsteller der gewohnheitsrechtliche Satz gebildet haben, daß dem

[1]) Oben S. 21.

Trödler im allgemeinen nur verschuldeter Schaden aufzubürden sei[1])."

Da das Eigentum zunächst beim Auftraggeber verbleibt, so entspricht es der Billigkeit, daß dieser auch die Gefahr trägt. Mit dem Übergang des Eigentums auf den Empfänger geht dann auch die Gefahr auf ihn über.

2. Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmungen über den contractus aestimatorius enthält, so ist die „Gefahrfrage" im heutigen Rechte nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß es sich beim contractus aestimatorius nicht um eine einfache Obligation, sondern, wie oben festgestellt ist[2]), um eine alternative Verpflichtung handelt.

Dernburg übersieht dies, wenn er lehrt, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kein Grund dafür bestehe, den Trödler in höherem Maße als für das eigene Verschulden und dasjenige seiner Leute, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, haften zu lassen, gemäß § 276, § 278[3]). Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 276, 278 B. G. B. gelten nämlich nur für die einfache Obligation und lassen sich für die Beantwortung der Gefahrfrage bei einer alternativen Verpflichtung nicht verwerten.

---

[1]) Glum, S. 35.

[2]) Oben S. 20.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 348, S. 513/514.

Crome ist der Ansicht, daß beim contractus aestimatorius eine Alternativ- oder Wahl-Obligation vorliege und daß demnach auf den Anspruch des Auftraggebers gegen den Trödler die Regeln der Wahlschuld anzuwenden seien[1]). Anstatt jedoch auch hinsichtlich der Gefahrtragung folgerichtig den bei der Wahlschuld geltenden Grundsatz zur Anwendung zu bringen, daß die eine der beiden Leistungen auf Gefahr des Schuldners steht[2]), begeht er die Inkonsequenz, wie Dernburg auf die für die einfache Obligation geltenden Haftungsvorschriften zu verweisen[3]).

Das Resultat, zu dem Dernburg und Crome gelangen, ist freilich richtig. Zu begründen ist es jedoch auf folgende Weise:

Es ist oben bereits des Näheren ausgeführt worden, daß beim contractus aestimatorius keine sog. Alternativobligation, sondern eine eigentümliche Alternative hinsichtlich der Geschäftsart vorliegt[4]).

Bei der Alternativobligation ist der Schuldner verpflichtet, die eine oder die andere von zwei Vertragsleistungen zu bewirken. Bei der dem contractus aestimatorius eigentümlichen Alternative ist der Empfänger hingegen verpflichtet, den einen oder den anderen von zwei Verträgen, nämlich — im „Normal-

---

[1]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273 Anm. 21.

[2]) B. G. B. § 265.

[3]) Crome, Bürgerl. R. II, 2 § 273 sub 3, Anm. 17.

[4]) Oben S. 43 ff.

fall“ — den Kauf oder den leiheähnlichen Vertrag zu erfüllen.

Wird bei der Alternativobligation die eine Leistung unmöglich, so kann der Schuldner sich nicht durch die Einwendung, er habe gerade diese Leistung machen wollen, von seiner Verpflichtung befreien, da sich nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 265 B. G. B., wenn eine Leistung unmöglich wird, das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt. Wird es jedoch beim contractus aestimatorius infolge des Untergangs der Sache für den Trödler unmöglich, den leiheähnlichen Vertrag zu erfüllen, so ist er mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung nicht verpflichtet, den Kaufvertrag zu erfüllen, sondern kann einwenden, daß er gerade den leiheähnlichen Vertrag habe erfüllen wollen. Da aber der Entleiher nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit gemäß § 276 B. G. B. haftet, so trifft folglich beim contractus aestimatorius im „Normalfalle“ den Auftraggeber die Gefahr. —

Im „Verpflichtungsfalle“ liegt, wie oben dargetan ist[1]), außer der Kombination eines Kaufes und eines leiheähnlichen Vertrages, die hier bedingt sind, eine Kombination eines unbedingten Kaufes und eines unbedingten mandatähnlichen Vertrages vor.

Bei der letzteren Kombination handelt es sich, wie erwähnt, nur um eine facultas alternativa: Der Trödler ist nur verpflichtet, den mandatähnlichen

---

[1]) Oben S. 51, 72.

Vertrag zu erfüllen, d. h. hinsichtlich des Verkaufs der Sache eine Tätigkeit zu entfalten. Ob er hingegen den Kaufvertrag erfüllen, d. h. ob er von dem ihm zustehenden Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen will, steht in seinem Belieben. Wird demnach durch zufälligen Untergang der Sache die Erfüllung des mandatähnlichen Vertrages unmöglich, so ist der Trödler nicht verpflichtet, den Kaufvertrag zu erfüllen.

Da aber beim Auftrag den Auftraggeber nach allgemeinen Grundsätzen die Gefahr trifft, so hat analog auch bei dem beim contractus aestimatorius vorliegenden mandatähnlichen Vertrage der „Auftraggeber" die Gefahr zu tragen.

Hinsichtlich der Kombination eines bedingten Kaufes und eines bedingten leiheähnlichen Vertrages gelten nach Eintritt der Bedingung die beim „Normalfall" für die Gefahrfrage entwickelten Regeln. —

Das Resultat ist also, daß nach heutigem Recht, ebenso wie richtiger Ansicht nach schon nach gemeinem Recht, der Auftraggeber stets die Gefahr trägt.

Wenn der Auftraggeber die Sache dem Empfänger längere Zeit beläßt, ist es allerdings vielfach üblich, daß er ihm die Gefahr aufbürdet, wie dies in ähnlicher Weise auch bei der Vermietung von Mobilien, z. B. von Büchern regelmäßig geschieht. So werden den „Trödlern", den Hausierern, an manchen Orten, sofern mit ihnen ein contractus aestimatorius abgeschlossen wird, die Sachen nur gegen Übernahme der Gefahr überlassen, da dieselben auf der Straße ganz besonders der Beschädigung durch Wind und Wetter etc. aus-

gesetzt sind. Im Handel mit Kunstgegenständen besteht die Usanze, daß der Empfänger die Gefahr in soweit trägt, als er sich nicht gegen Diebstahl, Feuer- und Wassersnot versichert hat.

3. Die Frage, wer beim Konditionsvertrage die Gefahr zu tragen habe, ist controvers. Weidling meint, die Usanze biete keinen Anhalt zur Beantwortung der Frage. Man habe deshalb nach den Regeln des gemeinen Rechtes zu verfahren, das den Satz aufstelle: casum sentit dominus. Da der Verleger zunächst Eigentümer des Konditionsgutes bleibe, so habe er also auch die Gefahr zu tragen[1]).

Buhl ist ebenfalls der Ansicht, daß sich eine ganz unzweifelhafte Usance bezüglich der Gefahrfrage bisher nicht gebildet habe[2]). Er vertritt jedoch seinerseits den entgegengesetzten Standpunkt, daß der Sortimenter für den Zufall einzustehen habe[3]). „Sobald die Bücher zu Grunde gehen", behauptet er, „ist es dem Sortimenter unmöglich geworden, von der alternativen Befugnis, die Bücher zurückzugeben oder den Preis zu bezahlen, Gebrauch zu machen, und es ist gewiß, daß die allenfalls noch befristete Obligation zur Zahlung des Kaufpreises in Kraft tritt, da die negative Bedingung, an welche dieselbe geknüpft worden ist, („wenn die Bücher nicht vor Ablauf der Remissionszeit zurückgeliefert

---

[1]) Weidling, S. 108 ff.; ebenso Wächter, Koch (siehe Buhl, S. 168).

[2]) Buhl, S. 168.

[3]) Buhl, S. 171; ebenso Schürmann, S. 190 ff.

werden"), sich erfüllen muß. Daß die Zurückgabe der Bücher dem Sortimenter ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, kann an seiner Verbindlichkeit zur Preiszahlung nichts ändern."

Wenn sich auch gegen diese Begründung mancherlei einwenden läßt, so entspricht die von Buhl vertretene Auffassung doch mehr als diejenige von Weidling den bereits seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in den maßgebenden Buchhändlerkreisen herrschenden Anschauungen.

Als man nämlich nach dem großen Hamburger Brande im Jahre 1842 das Bedürfnis nach einer klaren und festen Regelung der Gefahrfrage besonders lebhaft empfand, wurde von der Generalversammlung des Börsenvereins der deutschen Buchhändler im Jahre 1847 eine Übereinkunft entworfen, der bis zum Februar 1848 der größere Teil der Mitglieder des Börsenvereins freiwillig beitrat. Diese Übereinkunft ging dahin, daß „bei Neuigkeiten und verlangten à Konditionssendungen der Empfänger für allen Schaden haftet" (§ 1), daß diese Haftpflicht jedoch nicht eintritt „bei Verlusten, gegen welche sich der Empfänger durch keine Versicherung zu schützen imstande war (§ 5)"[1]).

Das hieraus ersichtliche Bestreben, dem Sortimenter nach Möglichkeit die Gefahr aufzubürden, ist seitdem rege geblieben und hat schließlich zu folgender Bestimmung der Buchhändlerischen Verkehrsordnung geführt: „Der Sortimenter ist für den Verlust und die

---

[1]) Siehe Buhl, S. 169.

Beschädigung des Gutes verantwortlich, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. Für die Unterlassung der Versicherung des Gutes gegen Transport-, Feuer- und Wassergefahr ist der Sortimenter verantwortlich [1])."

Die Gefahr trifft somit grundsätzlich den Sortimenter. Er kann sich aber wie ein Frachtführer von der Haftung durch den Nachweis befreien, daß der Schaden auch bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes eingetreten wäre. Selbst dieser Nachweis aber nützt ihm nichts, wenn das Konditionsgut auf dem Transport, durch Feuer oder Wasser beschädigt oder zu Grunde gerichtet ist, und er es unterlassen hat, das Gut gegen diese Unfälle zu versichern.

---

[2]) B. V. O. § 11a.

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch des Pandektenrechts. 14. Aufl. 1889.

Arnold, Über den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission, Inaug.-Diss., Erlangen 1895/96.

Baron, Pandekten, 8. Aufl. 1896.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht II, Abt. 1, Erlangen 1884.

Böhmer, J. H., dissertatio de translatione dominii in contractu aestimatorio.

Brinz, Kritische Blätter zivilistischen Inhalts Nr. 1. Erlangen 1852.

Buhl, Das Konditionsgeschäft im deutschen Buchhandel, in Ztschr. f. H. R. XXV (Neue Folge X), Stuttgart 1880.

Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht I, Jena 1851. S. 1 ff.: Die Lehre vom contractus aestimatorius.

Cohn, Der Trödelvertrag nach gemeinem Recht, Berl. Inaug.-Diss., 1890.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs I, 4. Aufl., Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts II, 1. und 2. Abt.. Leipzig, Tübingen 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge. Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens II, 1. und 2. Abt., und III, 1. und 2. Aufl. Halle 1899, 1901.

Dernburg, Pandekten I und II, 5. Aufl., Berlin 1897.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs I, 8. Aufl., Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen III.

Friedrichs, Trödelvertrag und Konditionsvertrag, Berl. Inaug.-Diss. 1890.

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Erlangen 1854, 1862.

Gerber, Deutsches Privatrecht, 9. Aufl, 1867.

Glum, Über die Gefahr beim Trödelvertrage nach römischem Rechte, Berl. Inaug.-Diss. 1893.

Hirschberg, Der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Konditionsgeschäfte und zur Verkaufskommission, Gött. Inaug.-Diss. 1897.

Ihering, Kritisches und exegetisches Allerlei, in Jahrb. f. Dogmatik XV. Jena 1877, S. 384 ff.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.

Koch, Die rechtliche Natur des Trödelvertrages, Strassbg. Inaug.-Diss. 1892.

Köchy, Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Zivilrechtsgelahrtheit, Nr. 14.

Liebert, Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius, Berl. Inaug.-Diss. 1890.

Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelkontrakt, Heidelberg 1880.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 3. Aufl., Berlin 1900.

Merkel, Der Trödelvertrag, in Weiske's Rechtslexikon XI, S. 535—544, Leipzig 1857.

Michaelis, Der Trödelvertrag, Inaug.-Diss., Erlangen 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II, Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Philipps, Deutsches Privatrecht II, 3. Aufl., 1846.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von . . . II, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Leipzig 1855, 4. Aufl.

Regelsberger, Der Trödelvertrag, in Holtzendorffs Rechtslexikon III, 2. Hälfte, 3. Aufl., 1881.

Reinhold, Der Trödelvertrag, Wien 1884.

Satzungen des Börsenvereins der deutschen Buchhändler zu Leipzig. Angenommen in der ausserordentlichen Hauptversammlung des Börsenvereins der deutschen Buchhändler zu Frankfurt a. M. am 25. Sept. 1887.

Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach H. B. G. art. 376 und 378, Berlin 1887.

Schneemann, Zur Lehre von der Entwicklung und der Natur des contractus aestimatorius, Erlang. Inaug.-Diss. 1897.

Schürmann, Die Usancen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige, Leipzig 1867.

Seufferts Archiv XI, Nr. 144.

Verkehrsordnung, buchhändlerische. Angenommen in der Hauptversammlung des Börsenvereins der deutschen Buchhändler, Leipzig, 8. Mai 1898.

Weidling, Das buchhändlerische Konditionsgeschäft, Inaug.-Diss., Giessen 1885.

Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis, in Jahrb. f. Dogmatik XXII, Jena 1884, S. 299 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 8. Aufl., bearbeitet von Kipp, Frankfurt a. M. 1900.

Wohlfarth, Der Trödelvertrag, Götting. Inaug.-Diss. 1890.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879.